Université catholique de Louvain

Centre de droit privé de la Faculté de droit et de criminologie

L'*intuitus personae* dans le contrat

Doctorant : Pierre Bazier **Promoteur : Patrick Wéry**

Thèse présentée en vue de l'obtention du titre de Docteur en sciences juridiques

Année universitaire : 2019-2020 (version du 23 juin 2020)

Sommaire

Introduction générale 2
Titre I. La formation du contrat *intuitu personae* 21
Conclusion du titre I 164
Titre II. L'exécution et la cession du contrat *intuitu personae* 177
Conclusion du titre II 284
Titre III. La dissolution du contrat *intuitu personae* 292
Conclusion du titre III 493
Conclusion générale 501
Bibliographie sélective 521
Table des matières 540

Introduction générale

1. Importance de l'*intuitus personae* dans les contrats. – Le concept de l'*intuitus personae* se rencontre dans une multitude de problèmes du droit des contrats.

Plusieurs illustrations rendent compte de ces propos.

La formation du contrat de distribution commerciale le démontre. Par exemple, l'*intuitus personae* permet-il à un fournisseur de refuser d'agréer un distributeur, alors que ce dernier satisfait à tous les critères objectifs requis pour entrer dans le réseau de distribution ?[1]

S'agissant de l'exécution d'une convention d'architecte, son caractère *intuitu personae* fait-il obstacle à l'intervention d'autres spécialistes pour des aspects spécifiques de la mission de ce prestataire de services, telle la réalisation d'une étude de stabilité du sol ?[2]

En outre, en ce qui concerne la dissolution du contrat, l'héritier du gérant d'une société peut-il se fonder sur la notion de l'*intuitus personae* afin de constater l'extinction du cautionnement souscrit par son auteur décédé s'il ne possède pas ladite qualité de gérant ?[3]

Enfin, dans le cadre d'un contrat de société simple, la faillite de l'un des associés emporte-t-elle la dissolution totale de la convention alors qu'il apparait *in concreto* que les autres associés peuvent exécuter les obligations qui lui reviennent sans en modifier le contenu ?[4]

En droit belge, la plupart des auteurs admettent traditionnellement que ces questions se résolvent par des règles propres aux contrats *intuitu personae* ou, autrement dit, conclus en considération de la personne de l'un des cocontractants. Nous exposerons ce point de vue classique dans un premier temps (**§1er**). Ensuite, dans un deuxième temps, nous verrons qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence a souligné les ambiguïtés qui entourent cette figure juridique (**§2**). Dans un dernier temps, nous montrerons que ces interrogations ouvrent la voie à un nouveau champ de recherche dont il convient de baliser l'objet et la méthode (**§3**).

§1er. – Première approche de la notion de l'intuitus personae

2. Définition. – L'expression « *intuitus personae* » signifie littéralement « contemplation, considération de la personne »[5]. Le Code civil ne définit pas cette expression latine. Selon H.

[1] Voy. not. sur cette question : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 63-67, nos 61-68. Voy. en droit français : L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, pp. 490-497, nos 286-2888 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, pp. 260-263.
[2] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 370-371, n° 407.
[3] Mons, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1999, p. 155, *R.C.J.B.*, 2001, note A. LIMPENS.
[4] Voy. not. en jurisprudence belge : Liège, 22 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1419. Voy. not. en jurisprudence française : Cass. fr. req., 18 janvier 1881, *D.*, 1881, 1, p. 244. Cons. not. en doctrine : V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, Créadif, 1990, pp. 118-122.
[5] Voy. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 3, n° 1 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 4, n° 1 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 2, n° 1 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 7, n° 1.

De Page, « Un contrat est dit *intuitu personae* lorsque la considération de la personne de l'un des cocontractants est, pour l'autre, l'élément déterminant de la conclusion du contrat »[6].

Dans cette sorte de convention, le contrat en lui-même n'intéresse pas le cocontractant qui le souscrit. En effet, l'élément essentiel réside dans le fait qu'une personne dotée d'aptitudes ou de qualités particulières se charge de l'exécuter personnellement[7] ; le contrat revêt donc un caractère *intuitu personae* « parce que c'était lui, parce que c'était moi »[8].

La considération de la personne a trait à une multitude de conventions en pratique : ainsi en est-il notamment du contrat de travail, des donations, du mandat ou encore du contrat de société ; de même, il est admis que ce caractère a trait aux contrats passés avec les titulaires de professions libérales, comme un avocat, un médecin ou encore un architecte. Enfin, au titre d'exemple classique, il convient également de citer le tableau réalisé par un peintre[9].

3. Effets particuliers. – Selon le point de vue classiquement admis en droits belge et français, la nature particulière des conventions colorées de l'*intuitus personae* justifie qu'elles comportent certains effets spécifiques. Ces conséquences se fondent le plus souvent sur une ou sur plusieurs dispositions légales qui se rattachent à l'idée qu'une partie représente l'élément essentiel du contrat et que, de la sorte, son exécution ne se conçoit pas sans elle.

Nous résumerons ces effets particuliers en six points.

1° L'erreur sur la personne ne se produit que dans un contrat conclu *intuitu personae*. En effet, aux termes de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, l'erreur « n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention »[10].

2° Une offre de contracter ne se conçoit pas de la part d'une partie qui recherche un cocontractant *intuitu personae*. Dans ce cas, il existe toujours une simple proposition à entrer en pourparlers[11]. Une publicité de crédit adressée au public ne constitue donc jamais une offre

---

[6] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431, n° 460*bis*.
[7] *Ibidem.*
[8] MONTAIGNE, *Essais*, I, Ch. 28, *De l'amitié*.
[9] Voy. not. sur ces exemples parmi d'autres : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 362-364, nos 400-401 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 62-63 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, nos 70-71 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 130-132, nos 107-108 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 91-94, nos 68-69 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 26-27, n° 33 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 1134-1135, n° 1204 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 187, n° 154 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431, n° 460*bis*.
[10] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 25-26, n° 33 ; J. DEL CORRAL, *Dwaling*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 55-56, n° 239 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 239, n° 239 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 80, n° 105.
[11] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. II.1.4-32 - II.1.4-33, n° 2.11 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 492, n° 499*bis* ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28.

de contracter. Ce principe résulte plus largement du fait qu'il est admis que le bénéficiaire de l'*intuitus personae* peut toujours sélectionner son partenaire de façon discrétionnaire[12].

3° Le débiteur d'un contrat *intuitu personae* doit exécuter personnellement ses obligations contractuelles : un tiers ne peut pas les payer à sa place. Un peintre doit réaliser personnellement le tableau qu'il a promis à son créancier. Cet effet ressort de l'article 1237 du Code civil, selon lequel « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même »[13].

4° Dans cette logique, les doctrines belge et française admettent que le cocontractant à la source de l'*intuitus personae* ne peut pas céder son contrat[14]. Un chirurgien ne pourrait pas céder son contrat à un confrère sans l'accord de son client. En effet, selon H. De Page, « Si celui-ci pouvait céder ses droits, le contrat ne serait plus exécuté par le débiteur lui-même »[15].

5° Plusieurs auteurs pensent que le droit de résiliation *ad nutum* de certains contrats spéciaux résulte de leur caractère *intuitu personae* et, plus précisément, de la volonté de protéger la confiance qu'une partie place en l'autre[16]. L'article 2004 du Code civil illustrerait ces propos dans le domaine du mandat. En revanche, d'autres estiment que ce caractère ne justifie pas un tel effet[17]. Cette conséquence suscite donc la controverse à l'heure actuelle.

6° Enfin, une convention *intuitu personae* prend fin de plein droit par la mort de la personne physique qui le justifie[18]. Un contrat passé avec un architecte s'éteindra donc avec le décès de ce prestataire de services. Le législateur a consacré cet effet extinctif aux articles 1795 (contrat d'entreprise), 1879, alinéa 2 (commodat), 2003 (mandat) du Code civil ainsi qu'à l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations ou encore à l'article 32, 4°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail pour le décès du travailleur. Dans le même ordre d'idées, la faillite et l'incapacité entrainent la dissolution automatique du contrat *intuitu*

---

[12] E. VAN DEN HAUTE, « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 10, n° 17 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129.

[13] Voy. sur ce principe : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis* ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28.

[14] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1976, n° 1371 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 93, n° 68 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 26-27, n° 11 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 27, n° 33.

[15] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*.

[16] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 257 ; Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 284. Voy. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 434, n° 327.

[17] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 399-400, nos 443-444 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 631, n° 645.

[18] Voy. not. en ce sens : N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 106, n° 112 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 798, n° 831 et p. 939, n° 1013 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 26, n° 10 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 219, n° 309 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, p. 27, n° 12 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431, n° 460*bis*.

personae, étant donné que ces événements reviennent au même résultat que la mort[19]. Par exemple, il est admis qu'une ouverture de crédit prend fin avec la faillite du crédité[20].

4. Liste des contrats *intuitu personae*. – Par un arrêt du 4 février 2013, la Cour de cassation a notamment décidé que « Le juge apprécie en fait si un contrat qui, par nature, ne revêt pas un caractère *intuitu personae*, a été conclu en considération de la personne de l'un des cocontractants »[21]. De cette décision, il ressort que les cours et tribunaux apprécient souverainement l'existence de la considération de la personne[22]. Au fur et à mesure des années, la doctrine et la jurisprudence ont dressé une liste de conventions présumées *intuitu personae* par nature, c'est-à-dire normalement revêtues de ce caractère. Cette liste a pris une telle ampleur qu'il est maintenant devenu impossible d'en rendre compte de façon exhaustive.

Ainsi, il a été admis que les contrats suivants comportent l'*intuitus personae* par nature :

- Le contrat de mandat[23] ;
- Le contrat d'entreprise[24] ;
- Le contrat de commodat[25] ;
- Le contrat de bail à ferme[26] ;
- Le contrat de bail à nourriture[27] ;
- Le contrat de donation[28] ;
- Le contrat de mariage[29] ;
- Le contrat de travail[30] ;
- Le contrat d'édition[31] ;

---

[19] Voy. not. en ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1011-1012, n^{os} 664-665 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg*, 2009, p. 214 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », obs. sous Cass. 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 245, n° 1 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431, n° 460*bis*.

[20] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529.

[21] Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 307.

[22] Cass., 24 mai 1878, *Pas.*, 1878, I, p. 274.

[23] P. WÉRY, *Le mandat*, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 71-72, n° 16.

[24] Gand, 6 juin 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 224, note R.S. ; Liège, 19 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 53 ; Comm. Courtrai, 3 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 378.

[25] Civ. Bruxelles, 27 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1758.

[26] E. BEGIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « *R.P.D.B.* », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19-20, n^{os} 36-42 ; P. RENIER, *Le bail à ferme*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 174, n° 2.

[27] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 150, n° 70.

[28] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII-I, 2^{e} éd., 1962, pp. 53-54, n° 28*bis*.

[29] Voy. not. à cet égard en droit français : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 7, n° 1.

[30] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 177, n° 205 et p. 861, n° 1191.

[31] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 435, n° 460*bis*.

- Le contrat de licence[32] ;
- Le contrat d'arbitrage[33] ;
- Le contrat médical[34] ;
- Le contrat d'avocat[35] ;
- Le contrat d'architecte[36] ;
- Le contrat de franchise[37] ;
- Le contrat de concession de vente[38] ;
- Le contrat d'agence commerciale[39] ;
- Le contrat de commission[40] ;
- Le contrat de *leasing*[41] ;
- Le contrat de *factoring*[42] ;
- Le contrat de *sponsoring*[43] ;
- Le contrat d'*outsourcing*[44] ;
- Le contrat d'ouverture de crédit[45] ;

---

[32] G.-L. BALLON, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. III, *Handels-en economisch recht*, deel 1, vol. B, B. TILLEMAN et E. TERRYN (éds.), Malines, Kluwer, 2011, pp. 1248-1249, n° 1726 ; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 336, n° 418, spéc. note 1031.
[33] Bruxelles, 24 octobre 2011, *N.j.W.*, 2013, p. 602.
[34] Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *T. Gez.*, 2011-2012, p. 307, note C.-L. ; Comm. Bruxelles, 18 janvier 2007, *T. Gez.*, 2009-2010, p. 293, note C.-B.
[35] J.P. Zottegem-Herzele, 6 mai 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1450 ; Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 213.
[36] Liège, 6 mai 1992, *J.T.*, 1992, p. 797. Cfr. à ce propos : B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 76-81, n^{os} 48-53.
[37] Comm. Bruxelles (réf.), 9 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 399.
[38] Anvers, 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 915, note L. DU JARDIN. Voy. dans le même sens pour la concession exclusive de vente : Comm. Hasselt, 21 février 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 389.
[39] Y. DE CORDT, C. DELFORGE, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel de droit commercial*, 2^{e} éd., Limal, Anthemis, 2011, p. 342, n° 628.
[40] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 39, n° 53. *Contra* : K. BERNAUW, « Beëindiging van het comissiecontract », in *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, P. NAYAERT et E. TERRYN (éds.), Bruges, die Keure, 2009, pp. 343-345.
[41] Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.
[42] F. GEORGE, « L'incidence de la faillite sur le contrat de factoring », *R.D.C.*, 2013, p. 744, n° 6.
[43] Liège, 6 juin 2011, *D.A.O.R.*, 2012, p. 35, note W. SWINNEN.
[44] Voy. sur l'importance de la confiance et de ses effets dans le contrat d'*outsourcing* : C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 137-146, n^{os} 224-244.
[45] Bruxelles, 1er avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 264 ; Liège, 15 octobre 1998, *J.T.*, 1999, p. 137 ; Comm. Turnhout, (réf.), 10 juillet 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 765 ; Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032 ; Civ. Bruxelles, 5 mars 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 981, note ; Comm. Bruxelles, 12 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 693.

- Le contrat de compte[46] ;
- Le contrat de compte-courant[47] ;
- Le contrat d'assurance de responsabilité professionnelle[48] ;
- Le contrat d'assurance-crédit[49] ;
- Le contrat de société de personnes[50] ;
- Les contrats de *joint-venture* ou de consortium[51] ;
- Le contrat de maintenance informatique[52] ;
- Le contrat de cautionnement[53] ;
- Le contrat conclu entre un peintre et un marchand ou une galerie d'art[54].

§2. – Premières réflexions sur la notion de l'intuitus personae

5. Interrogations sur la notion et les effets de l'*intuitus personae*. – L'*intuitus personae* ne constitue pas une notion aussi claire qu'il y parait de prime abord. Certains auteurs belges et français ont déjà mis en évidence certaines ambiguïtés qui l'entourent (**A**) ; d'autres ont remis ses effets en cause afin de les nuancer ou, autrement dit, de proposer de les affiner (**B**).

A. Ambiguïtés de la notion de l'*intuitus personae*

6. Une notion « faussement claire »[55]. – Selon plusieurs auteurs, il existe de bonnes raisons de s'interroger sur l'utilité de la notion du contrat *intuitu personae*.

1° Plusieurs citations rendent compte de cette interrogation en droit belge.

---

[46] C. ALTER, « Droit bancaire général – Réglementation – Devoir du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. Not.*, t. IX, L. XI-1, 2010, pp. 228-229, n° 274 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 320, n° 439.

[47] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 357, n° 486.

[48] M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482.

[49] P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, p. 6.

[50] Comm. Dendermonde, 28 juin 2012, *T. Not.*, 2013, p. 58.

[51] K. ANDRIES, « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 339. Cons., en droit français, sur l'importance de la confiance et de la coopération dans le consortium : Ch.-H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 25-49, nos 41-64.

[52] E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », in *Rép. not.*, t. IX, L. 9, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 120-121, n° 70.

[53] E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 264, n° 399. Voy. pour un affinement de cette idée : A. LIMPENS, « Le cautionnement de dettes futures donnerait-il naissance en droit belge à une obligation de couverture ? », obs. sous Mons 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 160-161 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, Story-Scientia, 1999, pp. 21-23, nos 44-47.

[54] F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123, point n° I.A.1°.

[55] Voy. pour cette formule : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 92, n° 68.

Dans cette perspective, P. Wéry écrit que « L'*intuitus personae* est une notion faussement claire. Ses contours ne sont pas aisément identifiables »[56]. Afin d'illustrer son propos, cet auteur indique notamment que « [l'une] des caractéristiques fondamentales des contrats à titre gratuit réside, a-t-on coutume d'enseigner, dans leur *intuitus personae*. […] Si elle comporte une part de vérité, cette assertion doit toutefois être nuancée, les contrats de services à titre gratuit étant loin de composer un bloc homogène. D'autre part, la prise en considération de la personne du cocontractant n'est pas l'apanage des actes à titre gratuit : l'*intuitus personae* joue aussi un rôle important pour nombre d'actes à titre onéreux »[57].

P. Van Ommeslaghe souligne également « [qu'une] définition traditionnelle est enseignée par H. De Page, inspirée de la thèse de Valleur, selon laquelle un contrat est dit *intuitu personae* lorsque la considération de la personne d'un des cocontractants est pour l'autre partie un élément déterminant du contrat. Dans sa généralité, cette définition n'est cependant guère utile. En effet, la personne des cocontractants est toujours déterminante du consentement lors de la conclusion du contrat, ne serait-ce qu'en raison de la notion même d'obligation, qui implique l'intervention de la personne de l'obligé. La solvabilité du débiteur est en soi un élément d'appréciation essentiel lors de la conclusion d'un contrat. Cette définition ne permet pas davantage d'expliquer les différences qui peuvent exister entre les contrats généralement qualifiés d'*intuitus personae* : certains sont totalement incessibles (par exemple, le contrat en vertu duquel un violoniste de renom s'engage à exécuter le concerto de Beethoven à tel concert), tandis que d'autres peuvent faire l'objet d'une transmission (par exemple, un contrat d'ouverture de crédit lorsque la société créditée est absorbée par une autre société) »[58].

En outre, s'agissant des conventions conclues avec les sociétés, certains auteurs préfèrent substituer la notion de l'*intuitus firmae* à celle de l'*intuitus personae* afin d'atténuer plusieurs de ses effets. T. Tilquin écrit, dans le cadre de la fusion par absorption, que « Si quelques décisions avaient certes admis la transmission par l'effet de la fusion de contrats *intuitu personae* ou stipulés incessibles, les sociétés concernées dépendaient généralement de la volonté d'un cocontractant important de la société apporteuse […] Une partie de la doctrine a donc cherché à substituer dans certains cas à la notion d'*intuitu personae*, une notion d'*intuitu firmae* fondée sur des qualités non plus liées à la personne morale, mais à l'entreprise dont les membres exécutent le contrat concerné, qui permet la continuité des contrats en cas de fusion ou de scission puisqu'en principe, l'entreprise n'est pas affectée par ces opérations »[59].

2° Une partie de la doctrine française a émis des observations similaires.

Ainsi L. Aynès a-t-il déclaré que « Dans sa généralité, la définition [de l'*intuitus personae*] n'est guère utile : la personne du cocontractant est toujours déterminante du consentement, ne serait-ce qu'en raison de la notion même d'obligation, impliquant la médiation de la personne obligée. Dès que l'on cherche à quitter le domaine des généralités, la

[56] *Ibidem*.
[57] *Ibidem*.
[58] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149, n° 70.
[59] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 291, n° 428. Voy. dans le même sens : H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 244 et suivantes.

notion d'*intuitus personae* se révèle insaisissable »[60]. Selon cet auteur, « Ces difficultés expliquent sans doute que la doctrine classique se soit bien gardée d'affronter globalement la notion, mais l'a abordée de manière allusive, à l'occasion de l'étude, soit de ses manifestations (erreur sur la personne, incessibilité, intransmissibilité), soit des contrats spéciaux où se manifestera sa présence ; qu'il s'agisse de ses effets ou de sa présence, l'*intuitus personae* ne paraît pas avoir atteint l'unité d'un concept juridique déterminé. Il imprègne confusément le mécanisme de formation de la convention et s'infuse plus ou moins nettement dans son régime. […] toujours plus ou moins présent, l'*intuitus personae* réduirait, en fait, son domaine à néant, au gré d'une recherche plus ou moins assurée de la volonté des parties contractantes »[61].

Dans le même sens, M. Contamine-Raynaud a écrit que « Comme ces poissons qui, glissants, fuyants, échappent à la main qui croit s'en emparer, l'*intuitus personae* nous est apparu variable, multiforme, insaisissable. Plus nous croyions l'appréhender, plus il nous échappait, étant à la fois tout et rien, tantôt bouleversant la notion de contrat tantôt disparaissant dans ses effets »[62]. Sur la base de ce constat, l'auteure conclut que « Nous avons également vu que l'efficacité de l'*intuitus personae* variait non seulement selon la catégorie du contrat envisagé, mais aussi selon tel ou tel contrat, pris spécialement et qu'elle différait selon les effets envisagés. Existe-t-il une notion d'*intuitus personae* ? »[63].

G. Kostic précise aussi dans sa thèse de doctorat, relative à l'*intuitus personae*, que « La considération de la personne a subi un manque de reconnaissance par le droit positif. L'existence de ce caractère du contrat est souvent signalée, mais il n'est lui-même que rarement isolé et conserve ainsi des contours imprécis. A cette évanescence, il existe une explication. L'*intuitus personae* peut se manifester conjointement avec d'autres concepts qui, mieux cernés par le droit, tendent à l'écarter du raisonnement juridique. Par exemple, la notion de cause est souvent superposée à celle d'*intuitus personae* pour expliquer l'existence de l'erreur sur la personne. De même, il est souvent plus simple, en pratique, de démontrer la faute du cocontractant pour justifier la rupture d'un contrat que de fonder cette dernière sur un éventuel droit de résiliation unilatérale qui reposerait sur la considération de la personne »[64].

En conclusion, Ph. Le Tourneau et D. Krajeski résument toutes les incertitudes qui entourent la notion étudiée par ces mots : « L'*intuitu personae* : voici une expression classique, connue de tous les juristes, employée quotidiennement et dont, pourtant, les contours demeurent assez flous (nous avions déjà rencontré un semblable paradoxe en étudiant, il y a près de quarante ans, la règle *nemo auditur* : comme si la formulation en latin, du reste relativement tardive, créait une sorte de crainte révérencielle, empêchant d'en scruter les mystères […]) »[65].

7. Une notion aux origines incertaines. – Des ambiguïtés apparaissent au sujet de l'histoire de l'*intuitus personae* dont la conceptualisation semble avoir eu lieu bien tardivement.

---

[60] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 231, n° 331.
[61] *Ibidem*.
[62] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 399, n° 271.
[63] *Ibidem*, pp. 399-400, n° 271.
[64] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 5, n° 2.
[65] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 1. Voy. sur l'emploi du latin pour désigner une réalité peu claire : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 40, n° 54.

En effet, en dépit de sa formulation latine, cette expression n'apparait ni chez les jurisconsultes romains ni chez les auteurs de l'ancien droit[66]. Il est vrai que les Romains avaient sans doute conscience du phénomène de la considération de la personne à travers d'autres institutions. Toutefois, ils n'ont jamais cherché à théoriser cette notion[67]. Par exemple, en ce qui concerne le contrat de société, les Romains rattachaient certains effets de l'*intuitus personae* à la fraternité que les associés se devaient : ce sentiment justifiait notamment le fait qu'ils ne pouvaient pas se substituer un tiers ou le fait que le contrat prenait fin du fait du décès de l'un d'eux ou en raison de la perte de l'une de leurs qualités[68]. Certains auteurs pensent qu'un constat similaire s'imposait dans le cadre du mandat ou de la fiducie : ces engagements, fondés sur l'altruisme et la bienveillance, prenaient également fin avec le décès des parties[69].

Le même constat s'impose à propos des auteurs qui ont inspiré le Code civil. Si R.-J. Pothier avait conscience du phénomène de la considération de la personne, il n'a jamais cherché à théoriser cette notion. Dans le cadre de l'erreur sur la personne, cet auteur a effectivement affirmé que « Toutes les fois que la considération de la personne avec qui je veux contracter entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement, et rend par conséquent la convention nulle. Par exemple, si voulant donner ou prêter une chose à Pierre, je la donne ou je la prête à Paul que je prends pour Pierre, cette donation et ce prêt sont nuls, par défaut de consentement de ma part »[70]. C'est pour cette raison que le Code civil ne fait explicitement mention de la considération de la personne qu'aux articles 1110, alinéa 2 et 1879, alinéa 2, du Code civil[71] : ses rédacteurs ont opté pour la même approche pragmatique de ce principe. Par exemple, lors des discussions afférentes à l'article 1237 du Code civil, Bigot-Préameneu a déclaré que « Le créancier ne pourrait se refuser à recevoir le paiement de ce tiers, à moins qu'il eût un intérêt à ce que l'obligation fût acquittée par le débiteur lui-même. C'est ainsi que l'obligation contractée pour un ouvrage d'art est déterminée par le talent personnel de l'artiste ; un tiers ne doit pas être admis à le suppléer »[72].

Ainsi, il faut attendre le XIX^{e} siècle pour constater les premières tentatives de systématisation du phénomène de la considération de la personne et donc de l'apparition du

---

[66] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 1 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 40, n° 54 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 5-6, n° 5 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 8, n° 5.

[67] *Ibidem*.

[68] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 5-6, n° 5 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 8, n° 5.

[69] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 5-6, n° 5. Par ailleurs, en ce qui concerne la conceptualisation de l'*intuitus personae* en droit romain, G. Kostic ajoute que « [l'on] pourrait penser qu'il existe une certaine conscience de la notion chez Ulpien qui mentionne l'existence d'une opposition entre les *pactum in rem* et les *pactum in personam*. Mais, en réalité, cette dualité correspond chez les romains aux deux modalités de l'un des pactes rémissoires, le *pactum de non petendo*, appelé aussi *pactum*, constituant une remise de dette. Il n'est donc pas consacré ici l'existence d'une catégorie particulière de contrat conclus *intuitu personae* » (G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 8, n° 5).

[70] R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier. Traité des obligations*, t. I, Paris, Thomine et Fortic libraires, 1821, pp. 23-24, n° 19.

[71] Voy. le libellé de cet article : « Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en *considération de l'emprunteur*, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée » (nous soulignons).

[72] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 365, n° 115.

vocable de « l'*intuitus personae* » dans certains ouvrages classiques[73]. Son régime se construit sur la base des contrats à titre gratuit et sur quelques contrats à titre onéreux ; son étude se limite, en règle, à l'erreur sur la personne[74]. M. Delvincourt écrit dès 1827 « [qu'en] général, les contrats de bienfaisance sont toujours censés faits en considération de la personne. Il en est de même pour la transaction, qui est toujours supposée faite *intuitu personae*, comme nous le verrons au Titre *des Transactions* »[75] ; de même, dans son *Traité*, C. Demolombe considère « [qu'on] voit de suite apparaître la distinction entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux. Il est évident, en effet, que la considération de la personne est principale et déterminante dans les premiers. Non seulement dans les donations entre-vifs proprement dites ; [mais] encore dans tous les contrats dits de bienfaisance, qui sont inspirés, de part et d'autre, par des sentiments évidemment personnels, de confiance et d'amitié, de bienveillance et de dévouement, tels que le dépôt, le commodat, le prêt gratuit, le mandat, le cautionnement »[76].

De la sorte, un concept autonome d'*intuitus personae* apparait au début du XX^e^ siècle dans le domaine du droit des sociétés[77]. F. Valleur fut le premier auteur français à théoriser cette notion pour l'ensemble du droit des contrats dans sa thèse de doctorat[78] : ses écrits marquent dès lors la naissance de la définition ainsi que des effets classiquement attribués à cette figure juridique en droit des obligations et des contrats (*supra*, n^os^ 2-3). Ses idées ont eu une profonde influence sur la pensée de H. De Page qui les a relayées dans son *Traité élémentaire de droit civil belge*[79]. Depuis lors, les droits belges et français partagent une vision commune de l'*intuitus personae*. Ce concept apparait généralement dans les ouvrages classiques de droit des obligations au point dédié à la classification des conventions[80]. La

---

[73] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 6, n° 5 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 9, n° 6.

[74] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1868, pp. 108-116, n^os^ 108-120 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant – Christophe, 1865, pp. 24-30, n^os^ 1-24 ; M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. III, Bruxelles, Société typographique belge, 1837, pp. 264-266, n^os^ 49-54 ; M. DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, t. V, Bruxelles, Librairie nationale et étrangère, 1827, pp. 96-100.

[75] M. DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, t. V, Bruxelles, Librairie nationale et étrangère, 1827, pp. 98-99.

[76] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1868, pp. 109-110, n° 111.

[77] P. JEANDEL, *L'intuitus personae dans les sociétés commerciales*, Thèse, Nancy, 1932 ; G. CAMERLYNCK, *De l'intuitus personae dans les sociétés anonymes*, Paris, Pédone, 1929 ; G. BOUCART, « De l'*intuitus personae* dans les sociétés », *Rev. Sociétés*, 1927, pp. 513 et suivantes.

[78] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938.

[79] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 431-436, n° 460*bis*. En outre, le civiliste a développé cette notion dans de nombreux passages particuliers. Voy. not. : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 395-405, n^os^ 400-408 (exécution personnelle) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 732-734, n^os^ 764-765 (dissolution par le décès, la faillite et l'incapacité) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 491-193, n° 499*bis* (réserve d'agrément). Tel est aussi le cas lors de l'examen de questions propres à certains contrats spéciaux : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 413, n° 414 (substitution de mandataire).

[80] Voy. en droit belge : W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4^e^ éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 62-63 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, n^os^ 70-71 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e^ éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 91-94, n^os^ 68-69 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 26-27, n° 33 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 187, n° 154. Voy. not. en droit français : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e^ éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, pp. 196-197, n° 421 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004, pp.

convergence entre les deux droits a pris un nouvel élan depuis la fin des années soixante avec l'apparition des premières réflexions qui concernent les incertitudes de l'approche classique de l'*intuitus personae* telle que développée par F. Valleur et H. De Page[81] (*supra*, n° 6). Partant, nous nous fonderons sur les réflexions de droit français dans la suite de nos développements.

B. Ambiguïtés des effets de l'*intuitus personae*

8. Une notion au contenu variable : tentatives d'affinement des effets de l'*intuitus personae*. – Les ambiguïtés de l'*intuitus personae* ont amené certains auteurs à *affiner ses effets*. Selon eux, ce concept ne constitue pas un bloc monolithique : son contenu varie ainsi en fonction des circonstances, de sorte qu'il possède plusieurs gradations ou plusieurs intensités[82].

9. *Intuitus personae* au sens strict et au sens large. – À suivre plusieurs auteurs belges et français, il convient de faire le départ entre le contrat *intuitu personae* au sens strict et le contrat *intuitu personae* au sens large. Dans cette logique, le premier comporterait tous les effets classiquement reconnus, tandis que le second ne comprendrait que certains d'entre eux.

M. Contamine-Raynaud écrit ainsi qu'il existe un *intuitus personae* au sens strict si « le co-contractant, au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la personne qui doit lui fournir ladite prestation »[83]. Selon elle, « dans ce cas-là la personne a une incidence sur l'objet qu'elle fournit. Si une personne choisit un peintre en vogue, ou cher à son cœur pour faire son portrait, c'est que l'objet du contrat, en l'occurrence le tableau, dépend étroitement de la personnalité de son auteur. Il y a en quelque sorte incorporation de la personne du co-contractant dans l'objet même de la prestation, "réification" de la personne […] Une partie de la personne devient l'objet même du commerce »[84].

140-141, n° 61. Dans cet ordre d'idées, le concept de l'*intuitus personae* apparait systématiquement dans d'autres ouvrages lors de l'exposé de certains de ses effets classiques. Voy. à titre d'exemple : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, pp. 1368-1370, n° 1317 (exécution personnelle) ; J. FLOUR, J. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, pp. 202-203, n° 203 (erreur sur la personne).

[81] Les principales sources résultent de thèses de doctorat françaises : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris V, 1974.

[82] Voy. not. en droit belge : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, nos 70-71 ; B. TILLEMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, *Bruikleen, bewaargeving en sekwester*, vol. C, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 26-27, n° 42. Voy. pour les affinements les plus importants en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 231-242, nos 331-354 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974.

[83] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28. Dans le même sens, pour N. Catala, il existe des situations où les « qualités personnelles [du débiteur] *participent en quelque sorte de la prestation*, s'incorporent à elle et en font un des éléments essentiel » (l'auteur souligne) (N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 24).

[84] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28. Voy. dans le même sens en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », *Juris-Classeur, Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n° 35 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 41-43, n° 57 ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, LG.D.J., 1999, p. 210, n° 252 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 136-138, nos 143-145 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 233, n° 335.

En droit belge, il revient à P. Van Ommeslaghe d'avoir introduit cette distinction et d'en avoir déduit les conséquences au niveau des effets de l'*intuitus personae*[85].

Dans son *Traité des obligations,* cet auteur enseigne que « Dans les contrats *intuitu personae sensu stricto*, les caractéristiques personnelles d'une ou de plusieurs parties sont incorporées dans *l'objet de l'obligation essentielle* du contrat ou *dans la cause* de celui-ci. L'intervention personnelle du débiteur ou du créancier est tellement essentielle que l'obligation ou le droit ne se conçoit pas sans elle. C'est ce qu'un auteur a appelé la "réification" de la personne. On peut citer, par exemple, les prestations à fournir par des artistes (musiciens, comédiens, peintres, sculpteurs) ou par des écrivains »[86]. Aussi P. Van Ommeslaghe conclut-il que ces contrats prennent fin par le décès, la faillite et l'incapacité de la partie *intuitu personae* ; ils sont annulables pour cause d'erreur sur cette personne ; cette partie ne peut ni céder ni transmettre son contrat ; un tiers ne peut se charger de l'exécution de ses obligations ; enfin, l'exécution forcée en nature ne peut avoir lieu sous la forme de l'exécution par un tiers[87].

Par ailleurs, en ce qui concerne « les contrats *intuitu personae* au sens large, la personnalité du cocontractant n'est pas incorporée dans l'objet ou la cause même de la prestation contractuelle, mais elle est prise en considération en raison (*sic*) des qualités spécifiques de la personne ; elle joue en ce cas le rôle d'une garantie particulière de l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire le plus généralement, mais aussi éventuellement d'obligations pécuniaires. Tel est le cas, par exemple, de l'ouverture de crédit, conclue *intuitu personae* dans le chef du créditeur que du crédité »[88]. S'agissant de leurs effets, ces contrats prennent fin par le décès, la faillite et l'incapacité du cocontractant qui justifie la considération de la personne ; ils ne sont pas cessibles *ut singuli,* mais ils sont susceptibles de transmission universelle ou à titre universel dans le cadre d'une opération de fusion, scission, apport d'universalité ou de branche d'activités ; de même, un tiers peut exécuter les obligations de la partie *intuitu personae* lorsqu'il « n'affecte pas objectivement les relations contractuelles »[89].

10. *Intuitus personae* subjectif et objectif. – Pour d'autres auteurs, les effets de l'*intuitus personae* varient *in concreto* en fonction de la nature objective ou subjective qu'il présente[90].

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck résument cette distinction dans leur *Traité* consacré aux obligations, lorsqu'ils écrivent que « L'*intuitus personae* est souvent relatif ; il est

---

[85] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, n^os^ 70-71. Voy. not. dans le même sens : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 32-33, n° 27 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e^ éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 92-93, n° 68.

[86] L'auteur souligne. Voy. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 150, n° 70.

[87] *Ibidem*, p. 151, n° 70.

[88] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 152, n° 71.

[89] *Ibidem*, p. 153, n° 71.

[90] Voy. not. : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », *Juris-Classeur, Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n^os^ 32-33 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 170, n° 305 ; D. KRAJESKI, « L'*intuitus personae* et la cession de contrat », obs. sous Cass. 1^re^ civ. 6 juin 2000, *D.*, 2001, pp. 1346-1347 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 21-22, n^os^ 23-24. Voy. sur également dans un sens proche en droit belge : J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 2, n° 1.

plus ou moins prononcé. Parfois, il s'agit d'un *intuitus personae* subjectif, prenant en considération les qualités individuelles de la personne ("*parce que c'était lui, parce que c'était moi*") ; parfois au contraire, il s'agit d'un *intuitus personae* plus objectif, qui ne prend en considération que certaines qualités de la personne (par ex. : la possession d'un diplôme) »[91].

G. Kostic a énoncé l'impact de cette distinction sur les effets de l'*intuitus personae*.

Primo, souligne-t-elle, « L'*intuitus personae* subjectif consiste en une véritable individualisation de l'obligation, c'est-à-dire en une intégration de la personnalité d'un individu déterminé dans l'objet de celle-ci. Dans ce cas, l'ensemble des effets traditionnellement attachés à la considération de la personne s'appliquent et se répercutent sur l'ensemble de la vie contractuelle. L'*intuitus personae* affecte d'abord le contrat dans sa formation, d'une part, en renforçant la liberté de contracter en donnant à l'offre et aux avant-contrats un régime particulier et en faisant échapper le pollicitant à la coercition législative liée au refus de contracter, et d'autre part, en fragilisant la rencontre des volontés au moyen d'un vice du consentement supplémentaire, l'erreur sur la personne. Elle intervient ensuite lors de l'exécution du contrat en imposant l'intervention personnelle de l'individu considéré. Ceci implique l'interdiction des sous-contrats, l'incessibilité entre vifs et l'intransmissibilité à cause de mort de l'obligation visée. Enfin, au stade du dénouement du contrat, elle permet d'invoquer des causes spéciales de résiliation ou de résolution fondées sur la disparition d'un élément essentiel intégré, à l'origine, au champ contractuel »[92].

Secundo, dans un autre ordre d'idées, G. Kostic ajoute que « L'*intuitus personae* objectif n'implique qu'une volonté de voir son cocontractant doté de certaines qualités particulières, peu important alors l'identité de la personne exécutant l'obligation du moment qu'elle possède les qualités recherchées chez le cocontractant initial. Quant à la formation du contrat, les effets sont les mêmes que précédemment. Mais certains des effets de l'*intuitus personae* subjectif sont atténués lors des phases d'exécution et de dénouement du contrat. En effet, le changement de cocontractant, qu'il s'agisse d'une cession entre vifs, d'un sous-contrat ou d'une transmission du contrat à cause de mort, est ici possible à condition que la personne substituée présente les mêmes garanties que le cocontractant initial »[93].

11. Autres affinements : *intuitus personae* positif, négatif ou fondé sur le risque. – En droit français, certains auteurs estiment qu'il existe encore d'autres variations de l'*intuitus personae* qui peuvent avoir un impact sur ses effets. Nous les résumons en quelques lignes.

Il revient d'abord à M. Contamine-Raynaud d'avoir dégagé les concepts d'*intuitus personae* positif et négatif. Le premier renvoie à une vision de la notion qui s'inscrit dans le sillage de celle développée classiquement en droits belge et français. En revanche, le deuxième s'avère différent : l'*intuitus personae* négatif ou *noxiae* « implique une exclusion. Par exemple, tel commerçant refusera d'accorder un crédit à un insolvable, tel employeur refusera d'embaucher des salariés appartenant à tel ou tel syndicat ou ayant subi une condamnation pénale. […] Par l'inclusion de cet élément d'*intuitus personae* négatif, l'offrant accepte de contracter avec quiconque sauf ceux qui présenteraient telle ou telle caractéristique »[94]. Très

[91] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 196, n° 421.
[92] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 21-22, n° 23.
[93] *Ibidem*, p. 22, n° 24.
[94] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 54, n° 43.

peu d'effets s'attachent à ce type d'*intuitus personae*. Par exemple, à suivre M. Contamine-Raynaud, il n'empêche pas la transmission universelle de la convention pour cause de mort[95].

D'un autre côté, D. Krajeski propose de fonder l'*intuitus personae* sur la notion de *risque contractuel*[96]. Dans chaque affaire, il convient alors de déterminer le risque sur lequel repose la considération de la personne. En effet, selon cet auteur, la nature du risque permet « de déterminer le régime exact de l'*intuitus personae* dans chaque contrat. Ainsi, si la prise en considération de la solvabilité du cocontractant n'induit pas que le contrat doive être exécuté personnellement par celui-ci, en revanche, la considération de son aptitude professionnelle requiert au moins que l'exécution soit le fait d'une personne possédant les mêmes aptitudes, lorsque le contrat fait l'objet d'une sous-traitance ou d'une cession »[97]. Cette opinion revient à déterminer les effets de l'*intuitus personae* au départ de la finalité poursuivie par les parties[98].

§3. – Objet et méthode de la recherche

12. Objet, méthode et plan. – Les premières réflexions autour de la notion et aux effets de l'*intuitus personae* nous semblent ouvrir la voie à de nouvelles questions de recherche et, de la sorte, à une nouvelle étude de ce concept (**A**). Ce constat permettra de préciser la méthode de recherche employée et d'indiquer le plan que nous suivrons dans cette thèse de doctorat (**B**).

A. Objet de la recherche

13. Conséquences des premières réflexions sur l'*intuitus personae* : passage d'une approche conceptuelle à une approche concrète de la notion et de ses effets ? – Les réflexions développées au paragraphe précédent montrent que l'approche classique de l'*intuitus personae* pose des difficultés en droit belge. Il y a donc place pour une réflexion à son sujet.

Selon nous, la difficulté réside dans la manière dont l'approche classique comprend l'*intuitus personae*. En règle, ses tenants appréhendent son contenu et ses effets de façon abstraite au départ de la nature de certains contrats, sans réel égard pour le contexte qui justifie son existence et sa portée. De la sorte, l'*intuitus personae* apparait comme une *notion conceptuelle*, dotée d'un contenu monolithique et d'effets qui ne varient pas en pratique[99].

En revanche, une autre partie de la doctrine plaide pour une *approche concrète* de l'*intuitus personae*. Ces auteurs pensent que ce concept a un caractère protéiforme, c'est-à-dire un contenu qui dépend des circonstances ; ses effets varient donc en fonction de la volonté des parties, de la relation qu'elles entretiennent ou de l'objectif qu'elles poursuivent. La nature propre du contrat *intuitus personae* ne constitue alors plus la pierre angulaire de son régime[100].

---

[95] *Ibidem*, p. 260, n° 184.
[96] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 91-177.
[97] *Ibidem*, p. 130, n° 229.
[98] D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 45, n° 61. Voy. dans le même sens de la part de D. Krajeski : D. KRAJESKI, « L'*intuitus personae* et la cession de contrat », obs. sous Cass. 1re civ. 6 juin 2000, *D.*, 2001, pp. 1346-1347.
[99] Voy. sur l'approche conceptuelle d'une notion juridique : R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 9, n° 5.
[100] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 365-366, nos 402-403 ; P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 205 ; M. WAUTERS, « De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak », obs. sous Gand 25 janvier 2001, *T.R.V.*, 2004, p. 249, n° 8 ; B. TILLEMAN, *Beginselen van Belgisch*

Plusieurs auteurs ont déjà suggéré d'opter pour cette approche concrète afin de pallier les difficultés liées aux variations qui affectent le contenu et les effets de l'*intuitus personae*.

S'agissant du contrat de dépôt, B. Tilleman écrit notamment que « *Men dient dan ook niet* a priori *een bepaald type van overeenkomst als* intuitu personae *te catalogiseren. En moet daarentegen wel steeds feitelijk nagaan of de (bewaargevings)overeenkomst al dan niet* intuitu personae *werd aangegaan. Zelfs indien men tot de bevinding komt dat de persoonlijke hoedanigheid van de bewaarnemer van doorslaggevend belang is, dient daarenboven nog getoetst te worden voor welke specifieke verbintenissen en hoogstpersoonlijke uitvoering door partijen gewild is. Sowieso wordt aanvaard dat een contractant van een* intuitu personae *overeenkomst zich (in bepaalde mate) mag laten bijstaan door helpers* »[101].

De même, P. Brulez nous semble plaider pour un retour à une acception concrète de l'*intuitus personae* – « *Pleidooi voor een beoordeling* in concreto »[102] – lorsqu'il souligne que « *Voor een vermoeden dat dienstenovereenkomsten in hoofde van de dienstverrichter een* intuitu personae-*karakter hebben, is derhalve geen plaats meer. Men dient naar de gemeenrechtelijke bewijsregeling terug te keren. De contractpartij die het* intuitu personae-*karakter van een dienstenovereenkomst wil inroepen, moet daarvan het positieve bewijs leveren. De loutere kwalificatie van een overeenkomst kan op zich niet volstaan* »[103].

Selon M. Wauters, il apparait également que « *De notie* intuitu personae *is evenwel onvoldoende specifieke om er op zich rechtsgevolgen uit af te leiden. De vraag naar de gevolgen van deze kwalificatie spant dan ook de kar voor het paard. Om een rechtsverhouding als* intuitu personae *aan te merken is immers een beoordeling in concreto vereist van de wil van partijen aangaande die specifieke elementen waaruit men de* intuitu personae-*kwalificatie meent te kunnen afleiden. Het etiket* intuitu personae *kan derhalve hooguit dienstig zijn als leidraad bij zoektocht naar de werkelijke wil van partijen. Het is inderdaad bij het archetype van de* intuitu personae-*verbintenis, waar de persoon of diens kenmerken deel uitmaken van het voorwerp van de verbintenis, dat de door partijen gewenste afwijkingen van het gemeen recht het duidelijkst op de voorgrond treden (noodzaak van persoonlijke uitvoering, onoverdraagbaarheid, impact van de dwaling omtrent de persoon…)* »[104].

14. Formulation des questions de recherche. – Nous proposons de développer l'approche concrète suggérée par une partie de la doctrine, afin de déterminer si cette vision apporte bien des réponses aux interrogations suscitées par la conception classique de l'*intuitus personae*.

Il convient d'énoncer plus précisément l'objet de cette thèse.

1° Tout d'abord, peut-on confirmer les interrogations doctrinales formulées à l'encontre de l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae* lors de la formation, de l'exécution, de la

privaatrecht, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, *Bruikleen, bewaargeving en sekwester*, vol. C, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 26-27, n° 42.

[101] B. TILLEMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, *Bruikleen, bewaargeving en sekwester*, vol. C, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 26-27, n° 42.

[102] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 366, n° 403.

[103] *Ibidem*.

[104] M. WAUTERS, « De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak », obs. sous Gand 25 janvier 2001, *T.R.V.*, 2004, p. 249, n° 8.

cession et de la dissolution de ce genre de conventions[105] ? Dans ce cadre, l'approche concrète soutenue par une partie des auteurs fournit-elle des solutions adéquates à ces questions ? Selon nous, une solution adéquate doit permettre de répondre à l'ensemble des difficultés suscitées par l'*intuitus personae* pour un effet donné, tout en offrant un minimum de sécurité juridique.

2° De surcroit, compte tenu des développements doctrinaux modernes, peut-on confirmer les premières *tentatives d'affinement* des effets de l'*intuitus personae* ? Ce concept varie-t-il, le cas échéant, sous d'autres aspects que ceux déjà recensés par la doctrine[106] ?

3° En définitive, à supposer que la figure juridique de l'*intuitus personae* se conçoive bien concrètement, le Code civil fournit-il suffisamment *d'outils* pour appréhender les variations qui affectent son régime général ? Une réglementation particulière s'impose-t-elle ?

B. Méthode, plan de la recherche et place du droit comparé

15. Méthode de recherche : raisonnement inductif. – La doctrine et la jurisprudence ont bâti le régime du contrat *intuitu personae* sur la base des conséquences qu'il produit.

Nous ne dérogerons pas à cette règle. À l'aune de toutes les difficultés posées par l'*intuitus personae*, il nous parait effectivement délicat d'en cerner *a priori* les contours sans étudier chacun de ses effets dans le détail[107]. Dans cette perspective, nous établirons donc son régime général au départ d'un raisonnement inductif : nous tirerons des conclusions à la suite de l'étude de l'erreur sur la personne, de la réserve d'agrément, du principe de la liberté contractuelle, du principe de l'exécution personnelle, de l'incessibilité, de la dissolution par la

---

[105] Voy. sur ces critiques : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149, n° 70 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 92-93, n° 68 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 291, n° 428 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 244 et suivantes. Voy. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 1 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 40, n° 54 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 5, n° 2 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 231, n° 331 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 399, n° 271.

[106] Voy. sur ces tentatives d'affinements : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, nos 70-71 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 92-93, n° 68 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 32-33, n° 27. Voy. en droit français sur les différentes tentatives proposées : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 196, n° 421 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 91-177 ; D. KRAJESKI, « L'*intuitus personae* et la cession de contrat », obs. sous Cass. 1re civ. 6 juin 2000, *D.*, 2001, pp. 1346-1347 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 21-22, nos 23-24 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28 et p. 260, n° 184.

[107] Il est vrai que cette méthode tranche avec celle employée par les thèses de doctorat françaises. Dans la plupart de ces ouvrages, les auteurs définissent la notion de l'*intuitus personae* dans une première partie ; ils étudient, ensuite, les variations de ses effets dans une seconde partie. Cette méthode ne nous convainc pas compte tenu de l'ensemble des variations qui affectent l'*intuitus personae* : elle revient effectivement à construire cette notion dans un premier temps pour la déconstruire dans un deuxième. Voy. pour la définition de l'*intuitus personae* dans ces ouvrages : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 3-177 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 24-231 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 20-203.

disparition de la confiance déterminante, de la dissolution par la transmission universelle et de la dissolution par la faillite. En revanche, nous n'aurons pas égard aux conséquences des dispositions du Code civil qui régissent le statut des incapables sur la dissolution des conventions *intuitu personae* (articles 488*bis* à 502 du Code précité) : ces règles concernent davantage le droit des personnes et dépassent donc le cadre de cette thèse de doctorat.

Par ailleurs, nous ne chercherons pas à donner une nouvelle définition du contrat *intuitu personae*, malgré les critiques qu'une partie de la doctrine lui a adressées à travers le temps[108]. La définition proposée par H. De Page restera donc notre guide : « un contrat est dit *intuitu personae* lorsque la considération de la personne de l'un des cocontractants est, pour l'autre, l'élément déterminant de la conclusion du contrat »[109]. Nous simplifierons aussi la terminologie utilisée pour rendre compte du phénomène de la considération de la personne dans les différentes matières du droit. Par exemple, s'agissant des contrats souscrits par les sociétés, certains auteurs recourent à la notion d'*intuitus firmae*[110] ou d'*intuitus societatis*[111] lorsque la personne morale a déterminé le choix de son cocontractant ; d'autres se fondent sur le concept d'*intuitus socii*[112] quand la personne d'un associé est essentielle aux yeux des autres parties. Dans la mesure où ces appellations ne nous paraissent pas déboucher sur des divergences de principe, nous nous limiterons aux formulations d'*intuitus personae* – pour les personnes physiques – et d'*intuitus firmae* – pour les personnes morales – afin de ne pas créer la confusion.

16. Domaine de recherche : l'*intuitus personae* dans les contrats, mais pas dans tous. – Cette thèse portera sur l'*intuitus personae* dans les contrats. Ce concept peut alors se retrouver dans des domaines aussi divers et variés que les contrats bancaires[113], les contrats de distribution commerciale[114], les droits intellectuels[115], les donations[116] ainsi que les marchés publics[117].

Il nous sera impossible de couvrir le régime de la formation, de l'exécution, de la cession et de la dissolution de l'ensemble de ces conventions. Il convient donc de faire des choix.

Nous n'aurons pas égard au régime des donations. L'*intuitus personae* revêt effectivement trop de particularités dans ces contrats. Il en va de même pour les marchés publics : s'il est vrai que ces conventions font appel à la considération de la personne, les règles spécifiques issues du droit administratif rendent la généralisation de toute solution délicate.

---

[108] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149, n° 70. Voy. en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 231, n° 331.

[109] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431, n° 460*bis*.

[110] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 291, n° 428 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 244 et suivantes.

[111] C. PIETRO, *La société contractante*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1994, pp. 413-445, nos 683-738.

[112] A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 54, n° 30.

[113] Cons. not. : J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988.

[114] Cons. not. : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 61-75 ; L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, pp. 918-925.

[115] Cons. not. pour le contrat de licence : B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 336 et suivantes.

[116] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII-I, 2e éd., 1962, pp. 53-54, n° 28*bis*.

[117] Civ. Courtrai (réf.), 7 janvier 2012, *Entr. et dr.*, 2013, p. 277, note R. HEIJSE.

Dans le même ordre d'idées, il n'y a pas lieu d'examiner les effets de l'*intuitus personae* dans les sociétés personnalisées, telles que la SPRL ou la SA. Ce domaine comporte trop de spécificités pour que les solutions y afférentes puissent être généralisées à d'autres contrats. Nous aurons donc uniquement recours à ces sociétés lors de l'étude de la dissolution pour de justes motifs (articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations). En revanche, nous analyserons les effets de la considération de la personne au sein du *contrat de société*.

17. Place du droit comparé. – Cette recherche doctorale aura trait à l'étude de l'*intuitus personae* dans les conventions de droit belge et, compte tenu de leurs similitudes, dans les contrats de droit français. Un passé commun unit les deux droits à ce sujet (*supra*, n^{os} 2-3).

1° En revanche, nous n'exposerons pas systématiquement d'autres droits. Cette thèse ne se fondera donc pas sur une approche approfondie de droit comparé. Si les droits allemand, suisse et hollandais connaissent la considération de la personne, ils ne lui dédient pas un cadre légal complet. Dans ces ordres juridiques, à l'instar du Code civil belge, ce phénomène repose sur des articles hétéroclites et donc sur un régime parcellaire. C'est aussi vrai pour les instruments d'harmonisation du droit des contrats, tel le *Draft Common Frame of Reference*.

2° Toutefois, nous analyserons certaines dispositions de droit néerlandais et de droit suisse lorsqu'elles entretiennent une similitude avec les règles belges et que la comparaison présente de l'utilité afin de mieux cerner le régime général du contrat *intuitu personae*. Il s'agit là d'une approche de *cherry picking* : « *Incomparables cannot usefully be compared, and in law the only things which are comparable are those which fulfil the same function* »[118].

Plusieurs exemples illustrent ces propos.

Dans ce contexte, s'agissant de la formation du contrat, il convient de faire état de l'article 6:228, alinéa 1er, c) du Burgerlijk Wetboek qui réglemente l'erreur sur la personne en droit néerlandais : aussi cette disposition précise-t-elle que « *Een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar: […] c. indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden* »[119]. Dans le même ordre d'idées, l'article 24, alinéa 1er, du Code suisse des obligations indique que « L'erreur est essentielle, notamment : […] 2. Lorsqu'elle avait en vue une autre chose que celle qui a fait l'objet du contrat, ou une autre personne et qu'elle s'est engagée principalement en considération de cette personne »[120].

---

[118] K. ZWEIGERT, H. KÖTZ et T. WEIR, *An Introduction to Comparative Law*, 3^{e} éd., Oxford, Calderon Press, 1998, p. 34. Voy. pour une introduction à l'étude du droit comparé en droit belge : R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 63-88, n^{os} 34-44.

[119] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14^{e} éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 221-222, n° 249 ; M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996, pp. 245-248.

[120] B. SCHMIDLIN, *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Mängel des Vertragsabschlusses. Art. 23-31 OR*, in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, H. HAUSHEER et H.P. WALTER (éds.), Berne, Stämpfli Verlag, 2013, pp. 80-81, n^{os} 73-77 ; P. ENGEL, « L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations », in *L'évolution récente du droit des obligations*, M. BLANC (éd.), Lausanne, Cedidac, 2004, p. 16.

Ensuite, pour l'exécution des conventions *intuitu personae*, il apparait que les dispositions de droit suisse et de droit néerlandais partagent des traits communs avec l'article 1237 du Code civil belge. L'article 6:30, alinéa 1er, du Burgerlijk Wetboek précise d'abord que « *Een verbintenis kan door een ander dan de schuldenaar worden nagekomen, tenzij haar inhoud of strekking zich daartegen verzet* »[121] ; de même, selon le libellé de l'article 68 du Code suisse des obligations, « Le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même »[122]. Nous donnerons donc un aperçu du régime de ces dispositions afin d'éclairer la portée des principes belges.

Enfin, certains articles de droit néerlandais et de droit suisse abordent des aspects de la dissolution des contrats *intuitu personae* plus clairement qu'en droit belge. Par exemple, l'article 7:409, alinéa 1er, du Burgerlijk Wetboek prévoit que « *Indien de opdracht met het oog op een bepaalde persoon is verleend, eindigt zij door zijn dood* » ; son second alinéa ajoute aussi que « *Alsdan zijn diens erfgenamen, indien zij kennis dragen van de erfopvolging en van de opdracht, verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen. Een overeenkomstige verplichting rust op degenen in wier dienst of met wie de opdrachtnemer een beroep of bedrijf uitoefende* »[123]. En outre, en droit suisse, l'article 119, alinéa 1er, du Code des obligations énonce que « L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur ». Cette disposition fonde les bases du régime de l'impossibilité subséquente, qui permet de comprendre certaines hypothèses de dissolution des conventions délicates à appréhender en droit belge[124].

18. Plan des différents titres de la thèse. – Le plan des différents titres de cette dissertation doctorale se calquera sur le cours de la vie du contrat : formation, exécution et dissolution.

Dans un premier titre, nous examinerons ainsi les effets de l'*intuitus personae* dans le cadre de la formation statique et dynamique de la convention (*infra*, nos 19-166).

Lors d'un deuxième titre, nous étudierons les conséquences de l'*intuitus personae* lors de l'exécution du contrat par un tiers ainsi que lors de sa cession (*infra*, nos 167-284).

Au sein d'un troisième titre, nous nous pencherons sur le rôle occupé par l'*intuitus personae* lorsqu'il est question de la dissolution du contrat (*infra*, nos 285-496).

Ce long voyage nous permettra de répondre aux différentes questions de recherche que nous avons formulées dans cette introduction générale (*infra*, nos 497-514).

---

[121] D. HAAS, « De aard van de verbintenis tot persoonlijke dienstverlening: minder bijzonder dan gedacht », *R.M. Themis*, 2010, pp. 162-170 ; A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, deel I, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2009, pp. 156-157, n° 203.

[122] R.H. WEBER, *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Erfüllung der Obligation. Art. 68-96 OR*, t. 1.4, 2e éd., in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, vol. VI, H. HAUSHEER (éd.), Berne, Stämpfli Verlag, 2005, pp. 68-69, n° 24 ; P. TERCIER, *Le droit des obligations*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 1999, pp. 134-135, n° 782.

[123] S.C.J.J. KORTMANN, « Vragen over het einde van de opdracht », *W.P.N.R.*, 1994, pp. 309-310 ; C.E. DU PERRON, « De overeenkomst van opdracht », *N.J.B.*, 1993, pp. 1044-1048, spéc. p. 1047.

[124] Voy. not. sur la notion de l'impossibilité matérielle, juridique ou morale d'exécution : P. PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1997, pp. 148-154.

Titre I. La formation du contrat *intuitu personae*

19. Objet du présent titre. – Lors de ce premier titre, nous aborderons trois chapitres qui concernent tant la formation statique que la formation dynamique du contrat *intuitu personae*. Ces développements permettront de jeter les bases de l'approche concrète de cette notion.

Dans un premier chapitre, nous examinerons l'erreur sur la personne du cocontractant telle que régie par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. Nous démontrerons que l'*errans* doit prouver le caractère déterminant de sa méprise à la lumière de la volonté expresse ou tacite des parties, de l'objet concret des obligations de l'autre partie ou de la finalité contractuelle qu'il poursuit. En outre, dans certains cas, l'*errans* pourra se fonder sur une présomption qui trouve sa source dans la nature de prestation que son cocontractant doit accomplir, la loi ou les usages.

Nous renforcerons cette analyse dans un second chapitre dédié à la réserve d'agrément. En l'occurrence, une partie des auteurs pense que toute offre de contracter faite *intuitu personae* comporte toujours une telle réserve qui a pour effet de la disqualifier en une simple invitation à entrer en pourparlers. Cependant, nous montrerons que l'objet et la nature d'une réserve s'apprécient sur la base des mêmes outils que ceux dégagés pour l'erreur sur la personne.

Enfin, au sein d'un troisième chapitre, nous étudierons la question de la liberté de choix discrétionnaire du cocontractant *intuitu personae*. D'aucuns estiment que le titulaire de ce caractère peut choisir son futur cocontractant à sa discrétion, sans avoir à se justifier et sans que nul ne puisse contrôler son refus de contracter. Nous remettrons en cause cette opinion classique à l'aune de l'évolution de la liberté contractuelle et de la notion de l'*intuitus personae*.

Chapitre 1er. L'erreur sur la personne

Introduction du chapitre

20. Illustrations. – L'erreur sur la personne d'un cocontractant ne constitue pas une cause de nullité de la convention, à moins que cette dernière présente un caractère *intuitu personae*[125] ; sous cette apparente simplicité, le régime de cette méprise cache une réelle complexité.

Trois exemples le prouvent.

Le contrat de travail illustre ces propos. En effet, la nature *intuitu personae* de cette convention permet-elle à un employeur d'en réclamer la nullité pour erreur sur la personne d'un ouvrier qui a involontairement produit les papiers d'un tiers lors de son embauche, alors que l'employeur l'aurait tout de même engagé s'il avait connu sa véritable identité ?[126]

Dans le domaine bancaire, la caution peut-elle alléguer l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, afin d'annuler le contrat conclu avec le créancier, si elle peut démontrer que les finances du débiteur étaient irrémédiablement compromises dès la conclusion du contrat ?[127]

Enfin, s'agissant d'une vente, le vendeur peut-il alléguer l'erreur sur la personne d'un acheteur qu'il a cru à tort solvable à la conclusion du contrat, dans la mesure où le paiement du prix de la chose vendue – un château – requérait nécessairement cette qualité dans son esprit ?[128]

21. Plan du chapitre. – Ces exemples démontrent que l'erreur sur la personne constitue un vice de consentement difficile à appréhender tant dans les contrats nantis de l'*intuitus personae* par leur nature que dans ceux dépourvus de ce caractère à la base. Toutefois, malgré cet écueil, la doctrine n'a jamais cherché à bâtir le régime de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil[129].

Nous comblerons donc cette lacune dans ce chapitre.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur la conception classique de l'erreur sur la personne. Nous verrons que la plupart des auteurs ont lié l'existence de ce vice de consentement à la nature de certaines conventions. Ce point nous permettra de souligner les premiers axes d'amélioration de l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae* (*infra,* nos 22-36).

Ensuite, dans un deuxième temps, nous proposerons d'affiner le régime de l'erreur sur la personne au départ des conditions ainsi que des outils employés dans le cadre de l'erreur sur la substance, c'est-à-dire de l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil (*infra*, nos 37-62).

---

[125] Voy. not. à ce sujet : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 25-26, n° 33 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 116-117 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 239-240, n° 239 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 80, n° 103 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 52-53, n° 40.

[126] Cass. fr. req., 17 janvier 1911, *D.P.*, 1911, V, p. 61.

[127] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149.

[128] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jur. p. 403.

[129] Si les études relatives à l'erreur sur la substance ont fait flores, la doctrine belge n'a dédié qu'une seule étude à l'erreur sur la personne en plus de deux siècles. Cet article prend place dans le cadre spécifique du mariage (R. DERINE, « Het dwalingsgebrek in de toestemming tot het huwelijk », *R.W.*, 1955-1956, col. 1313-1332).

Section 1re. La conception classique de l'erreur sur la personne

22. Plan. – Nous débuterons cette section par un rappel des principes qui entourent l'article 1110 du Code civil. Nous verrons, à cette occasion, la place classiquement attribuée à la nature *intuitu personae* de certains contrats dans l'erreur sur la personne (**§1er**). Ensuite, nous réfléchirons aux différents axes d'amélioration cette approche afin de l'affiner (**§2**).

§1er. – Approche classique de l'erreur sur la personne

23. Définition de l'erreur. – Pour P. Van Ommeslaghe, l'erreur se définit comme « une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée, non provoquée par des manœuvres de la part d'une partie au contrat et involontaire dans le chef de celui qui la commet »[130]. Le Code civil connait différents types d'erreurs : ainsi existe-t-il l'erreur-obstacle, l'erreur sur la substance de la chose et l'erreur sur la personne – également dénommée « l'*error in persona* ».

Selon certains, l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne partagent plusieurs liens. H. De Page écrit effectivement que l'*error in persona* « n'est jamais une cause de nullité, à moins que l'acte n'ait été fait *intuitu personae*. Dans ce cas, c'est la qualité de la personne qui devient la qualité déterminante du contrat, le "mobile-but" ; et c'est la raison pour laquelle la loi (art. 1110, al. 2) assimile dans ce cas l'erreur sur la personne à l'erreur sur la substance »[131].

Dès lors, afin de baliser le cadre théorique de l'erreur sur la personne, il convient de donner un bref aperçu des conditions de l'erreur sur la substance. Selon l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil, « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». Une telle méprise emporte la nullité du contrat lorsqu'elle revêt un caractère déterminant, commun et excusable (**A**). La présentation de ces trois conditions permettra d'introduire le régime de l'erreur sur la personne (**B**).

A. Présentation de l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil

24. Caractère déterminant de l'erreur. – L'erreur substantielle doit porter sur une qualité de *la chose*, c'est-à-dire sur la prestation convenue due par l'*errans* ou par l'autre partie[132].

---

[130] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 251, n° 136. Voy. pour la définition de l'erreur substantielle : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 5-7, nos 3-5 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 27-29, nos 14-15 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 116 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 231, n° 229 ; E. SWAENEPOEL, « Recente ontwikkelingen van de leer der wilsgebreken, met aandacht voor toepassing in koopcontracten », in *13de Alumnidag 2006*, coll. « *Recht in beweging* », Anvers-Apeldoorn, Maklu, 2006, p. 336, n° 5 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 80, n° 103 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers-Groeningen, Intersentia, 2000, p. 44, n° 33 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 7-8, n° 1 ; C. PARMENTIER, « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1984, p. 56.

[131] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 52, n° 40.

[132] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 13, n° 14 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, p. 30, n° 16.

Dans ce cadre, la doctrine considère que l'erreur implique la nullité du contrat à partir du moment où elle porte sur une *qualité déterminante* du consentement de l'*errans*[133]. À ce sujet, lors d'un arrêt du 12 février 2015, la Cour de cassation a précisé que « La substance même de la chose consiste en tout élément qui a déterminé une partie à conclure la convention, que la partie cocontractante devait connaître et sans lequel la convention n'aurait pas été conclue »[134].

Les juridictions apprécient souverainement le caractère déterminant de l'erreur. Tout d'abord, il arrive que la volonté de l'*errans* ressortit *in concreto* de l'interprétation de clauses ou de documents précontractuels : un acheteur a ainsi pu ériger l'authenticité d'un tableau au rang d'élément déterminant, parce que les mentions d'un catalogue de vente laissaient croire qu'un peintre de renom l'avait réalisé en personne[135]. Ensuite, l'examen concret de l'objet des obligations des parties ou de la finalité qu'elles poursuivent témoigne aussi du caractère déterminant d'une qualité. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 1995 illustre cette idée[136]. Dans cette affaire, un professionnel avait acheté une machine de développement de films photographiques en raison de la rentabilité établie par le vendeur. Toutefois, comme la machine ne pouvait pas l'atteindre, la Cour de cassation a admis l'erreur sur la rentabilité en décidant que « l'objet du contrat de vente n'était pas apte à réaliser la fin poursuivie par [l'acheteur] »[137]. Enfin, un élément peut être *objectivement* qualifié de déterminant compte tenu de la nature du contrat en cause[138] ou au regard de l'opinion communément admise[139].

25. Caractère commun de l'erreur. – En droit belge, il est admis que l'erreur sur la substance doit présenter un *caractère commun* afin d'emporter la nullité d'une convention.

Le caractère commun de l'erreur n'implique pas que les deux parties doivent avoir versé dans la même méprise : il signifie que la qualité déterminante doit avoir pénétré le champ contractuel pour qu'il y ait nullité[140]. En effet, dans plusieurs décisions, la Cour de cassation a

---

[133] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 253-254, n° 139 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 231-232, n° 231 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 80-81, n° 105 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 50-51, n° 39.

[134] Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 35. Voy. également : Cass., 3 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 811.

[135] Voy. not. en droit français : Cass. fr. 1re civ., 5 février 2002, *Bull. civ.*, 2002, I, p. 36.

[136] Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 950.

[137] *Ibidem*, spéc. p. 952.

[138] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 13, n° 14.

[139] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 254, n° 140.

[140] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 23, n° 30 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, p. 30, n° 16 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 253-254, n° 140 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 234, n° 233 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 80-81, n° 105 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, p. 16, n° 11 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 54-55, n° 43.

décidé que la substance de la chose consiste en tout élément qui a déterminé le consentement de l'*errans* et que l'autre partie connaissait ou à tout le moins qu'elle ne pouvait ignorer[141].

Selon P. Van Ommeslaghe, il faut donc considérer que « Sont normalement dans le champ contractuel – sauf les exceptions liées à l'erreur inexcusable ou à la prise en charge des risques d'erreur – les buts et les mobiles déterminants qui s'expliquent par les caractéristiques normales et les utilisations usuelles de l'objet. […] Sont aussi en principe dans le champ contractuel des objectifs normalement poursuivis par la conclusion de telle ou telle espèce de convention. Mais les qualités spécifiques particulières de la chose, ou les applications spéciales de celle-ci, recherchées par l'une des parties ou en fonction desquelles elle a contracté, peuvent aussi entrer dans le champ contractuel, compte tenu des circonstances propres à telle ou telle opération, dès lors que l'autre partie les a prévus ou n'a pas pu manquer de les prévoir »[142].

26. Caractère excusable de l'erreur. – Enfin, l'erreur ne peut pas servir de prétexte à l'impéritie et à la négligence de l'*errans*. Sa méprise ne peut avoir un *caractère inexcusable*[143].

La Cour de cassation a balisé cette condition. Dans un arrêt du 12 février 2015, elle a précisé que « L'erreur inexcusable n'est pas un vice de consentement au sens des articles 1109 et 1110 [du Code civil] et ne peut fonder l'action en nullité prévue par l'article 1117 du même Code. Conformément à l'article 1315 du Code civil, il appartient à celui qui prétend avoir versé dans l'erreur de prouver qu'elle est excusable »[144]. De ce fait, il revient à l'*errans* de prouver qu'il s'est renseigné sur les motifs de sa croyance avant d'avoir versé dans l'erreur[145].

L'erreur substantielle présente un caractère inexcusable dès lors qu'elle ressort de celle que ne commettrait pas un homme raisonnable[146]. Il nous semble que ce critère ne se calque pas sur celui de l'article 1382 du Code civil[147] : aussi les juridictions peuvent-elles tenir compte des caractéristiques personnelles de l'*errans*, telles que son niveau intellectuel, son âge ou encore sa profession, afin de déterminer s'il a – ou non – adopté un comportement inexcusable. Par exemple, un acheteur ne commet pas une erreur inexcusable lorsqu'il achète un espace de

---

[141] Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 38 ; Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70 ; Cass., 24 septembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 216, spéc. p. 217, note D. PHILIPPE ; Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 950.

[142] P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 355-356, n° 18.

[143] Voy. not. : Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 38 ; Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2386 ; Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70, spéc. p. 71 ; Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 714 ; Cass., 20 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 950 ; Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 198, note M. COIPEL.

[144] Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 38.

[145] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 30, n° 39 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 30-31, n° 16 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 236-237, n° 234.

[146] Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2386.

[147] Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 714. Voy. en faveur de cette interprétation : M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », obs. sous Cass. 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 213-214, n° 12. *Contra* : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 258, n° 141. Voy. not. sur ce débat : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 30-35, nos 40-46 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 82, n° 107.

bureau sans vérifier s'il y a eu un permis de bâtir pour les travaux effectués dans la chose vendue, étant donné que l'acte notarié garantit un permis de bâtir pour tout ce qui est acheté[148].

B. Présentation de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil

27. Approche classique de l'erreur sur la personne : cocontractant présumé déterminant sur la base de la nature *intuitu personae* du contrat. – Aux termes du libellé de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, il apparait que « [l'erreur] n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

Le Code civil prescrit donc un principe et son exception : il n'y a pas d'erreur sur la personne, sauf à démontrer que cette dernière constitue l'élément essentiel du contrat.

Dans ce contexte, les auteurs belges et français écrivent que le cocontractant doit représenter l'élément déterminant du consentement de l'*errans* pour que la méprise emporte la nullité de la convention. C'est à ce stade qu'ils appréhendent alors quasiment tous cette condition à l'aune de la nature particulière de certains contrats conclus *intuitu personae*[149]. H. De Page écrit notamment que l'erreur « n'est jamais une cause de nullité, à moins que l'acte n'ait été fait *intuitu personae* »[150]. De même, selon P. Wéry, « L'erreur *in persona* est cause de nullité, lorsque le contrat est coloré d'*intuitus personae* dans le chef de la personne du cocontractant de l'*errans* »[151]. S. Stijns ajoute, à ce sujet, que « *Is het contract* intuitu personae *aangegaan, dan maakt de identiteit van de persoon per definitie een essentieel element uit. Maar ook tussen partijen als essentieel erkende eigenschap of hoedanigheid (bv. professionele vaardigheid of ervaring, financiële draagkracht) komt in aanmerking* »[152]. Dans le même sens, W. Van Gerven et A. Van Oevelen indiquent que « *Een dwaling* betreffende de persoon *is een dwaling die betrekking heeft op de identiteit van de persoon maar ook op een tussen partijen als essentieel erkende eigenschap (bv. professionele vaardigheid, financiële soliditeit). Zoals gezegd, moet het dan wel gaan om een contract dat "*intuitu personae*" werd gesloten* »[153].

Une large partie de la doctrine française relie également la nature particulière de certains contrats *intuitu personae* au caractère déterminant de l'erreur[154]. Selon B. Petit, il convient ainsi

---

[148] Voy. les énonciations du juge du fond dans : Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2386, spéc. p. 2388.

[149] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 25-26, n° 33 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 117 ; J. DEL CORRAL, *Dwaling*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 55-56, n° 57 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 239, n° 239 ; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk recht*, deel III, Anvers, Intersentia, 2007, p. 28, n° 45 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 81, n° 105 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, p. 14, n° 10 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 52, n° 40 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *Les Novelles*, t. IV, *Théorie générale des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 178, nos 743-746.

[150] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 52, n° 40.

[151] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 239, n° 239.

[152] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 81, n° 105.

[153] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 117.

[154] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 242, n° 499 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 246, n° 219 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 188, n° 201 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, P.U.F., 2008, p. 308, n° 131 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 60, n° 16.

de considérer d'emblée que « Le domaine de l'erreur sur la personne s'identifie à celui des contrats conclus *intuitu personae* »[155]. Dans le même ordre d'idées, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette pensent que « l'erreur n'entraîne la nullité du contrat que si elle a été déterminante du consentement. Simplement, alors que l'erreur sur la substance peut se rencontrer dans toutes les conventions, l'erreur sur la personne n'est concevable que si la considération de celle-ci a joué un rôle déterminant, si le contrat a été conclu *intuitu personae* »[156].

En revanche, au-delà de son caractère déterminant, les autres conditions de l'erreur sur la personne demeurent énigmatiques. Certains auteurs suggèrent tout de même que la méprise doit avoir un caractère commun et excusable dans le chef de l'*errans*, comme il l'est requis pour l'erreur sur la substance[157]. En droit belge, P. Wéry écrit ainsi que « Les régimes de l'erreur sur la substance et de celle portant sur la personne du cocontractant convergent très largement. Cette considération de la personne doit être déterminante. Il est, en outre, nécessaire que l'erreur soit excusable. La nullité est relative »[158]. Ces propos laissent penser qu'il n'existe pas de réelle différence entre l'erreur sur la personne et celle portant sur la substance de la chose, bien que la doctrine ne dédie pratiquement aucun développement aux conditions de la première.

28. Illustrations de l'approche classique. – Il est intéressant de remarquer que les auteurs belges et français illustrent généralement peu les rapports qui existent entre le caractère déterminant de l'erreur sur la personne et la nature *intuitu personae* de certaines conventions.

L'intérêt de l'approche classique réside dans le fait que la nature *intuitu personae* d'un contrat permet de *présumer* qu'une partie revêt un caractère déterminant en son sein.

Selon d'aucuns, un contrat conclu à *titre gratuit* pourrait normalement toujours faire l'objet d'une erreur sur la personne du bénéficiaire du service ou de la donation, dans la mesure où « ce n'est pas à n'importe qui que l'on donne ou que l'on rend un service non rémunéré »[159]. Une partie des auteurs français rejoint cette approche classique[160]. Cette dernière nous semble

---

[155] B. PETIT, « Erreur », in *J.-Cl. Code civil*, vol. Art. 1002 à 1126 à 1130, Paris, Litec, 1998, fasc. 3-3, p. 11, n° 38. Voy. not. pour une analyse similaire : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10e éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1948, p. 42, n° 57 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 1931, p. 402, n° 1054 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1927, p. 224, n° 103.

[156] F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 246, n° 219.

[157] Voy., dans ce sens, en droit français : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 959, n° 1181 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 60, n° 16.

[158] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 240, n° 239.

[159] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 188, n° 201. Voy. not. dans le même sens : L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1865, p. 27, n° 13.

[160] B. GRELON, « L'erreur dans les libéralités », *RTD. civ.*, 1981, p. 269, n° 11 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1868, p. 109-111, nos 110-112 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, Henri Plon, 1865, pp. 21-22, n° 17*bis* ; M. DURANTON, *Cours de droit civil*, t. VI, 4e éd., Bruxelles, Éd. Wahlen et compagnie, 1841, p. 35, nos 120-121 ; M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. III, Bruxelles, Société typographique belge, 1837, p. 265, nos 51-53. Le droit belge et le droit français partageaient le même article 1110 du Code civil jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016. Toutefois, il convient de remarquer que le nouvel article 1134 du Code civil français ne modifie pas la conception classique de l'erreur sur la personne. En effet, aux termes de cette disposition, il apparait que « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ».

s'inscrire dans le sillage des réflexions de R.-J. Pothier : cet auteur a ainsi écrit que « Toutes les fois que la considération de la personne avec qui je veux contracter entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement, et rend par conséquent la convention nulle. Par exemple, si voulant donner ou prêter quelque chose à Pierre, je la donne ou je la prête à Paul que je prends pour Pierre, cette donation ou ce prêt sont nuls, par défaut de consentement de ma part, car je n'ai pas voulu donner ni prêter cette chose à Paul : je ne l'ai voulu donner ou prêter qu'à Pierre ; la considération de la personne de Pierre entroit dans la donation ou le prêt que je voulois faire »[161].

À l'inverse, une convention conclue à *titre onéreux* ne tombe en principe pas sous le coup de l'article 1110, alinéa 2 du Code civil. Comme M. Planiol et G. Ripert le résument : « Qu'importe à un marchand de vendre ses produits à Pierre plutôt qu'à Paul ? Il considère le profit, le prix de la vente et non la personne de l'acheteur »[162]. Cependant, à suivre plusieurs auteurs, il ne s'agit pas là d'une règle absolue. Si l'*intuitus personae* n'apparait pas dans les obligations de *dare* d'un contrat à titre onéreux, il ressort de la nature des obligations de *facere* qui se fondent sur l'habileté ou la confiance d'un cocontractant[163] : aussi peut-on présumer l'importance déterminante d'une partie, par exemple, dans le contrat passé avec un peintre, dans le contrat de travail, de mandat, de société de personnes[164]. R.-J. Pothier illustre cette idée, en écrivant que « si, voulant faire faire un tableau par *Natoire*, je fais marché, pour faire ce tableau, avec Jacques que je prends pour *Natoire*, le marché est nul faute de consentement de ma part : car je n'ai pas voulu faire un tableau par Jacques, mais par *Natoire* ; la considération de la personne de *Natoire* et de sa réputation entroit dans le marché que je voulois faire »[165].

En conclusion, il nous semble que la doctrine classique cadre avec une vision conceptuelle de l'*intuitus personae* : cette approche revient effectivement à focaliser toute l'attention sur la nature particulière de certaines conventions pour déterminer quand une partie peut être présumée déterminante du consentement de son cocontractant. Ce raisonnement a le mérite de la simplicité. Dans cette logique, selon Ph. Le Tourneau et D. Krajeski, l'article 1110, alinéa 2, du Code civil « suppose, *a priori*, une triple démonstration : ce contrat comporte l'*intuitus personae*, telle qualité y est déterminante, telle erreur a été commise (…) Le caractère objectif de l'*intuitus personae* peut simplifier les opérations »[166]. F. Valleur a également écrit, à cet égard, que « le critère de l'erreur déterminante "s'objective" – pour l'erreur sur la personne – dans la notion d'intuitus personae »[167], de sorte qu'au niveau probatoire « Ce sera alors à l'autre partie de démontrer que l'intuitus personae a été exclu de ce contrat par la volonté des

---

[161] R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier. Traité des obligations*, t. I, Paris, Thomine et Fortic libraires, 1821, pp. 23-24, n° 19.
[162] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 1931, p. 402, n° 1054.
[163] R. DEMOGUE, *Des obligations en général*, t. I, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 395, n° 241 ; Fr. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XV, 3e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant & Christophe – A. Marescq, 1878, p. 571, n° 498, p. 571, n° 498.
[164] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 188, n° 201.
[165] R.-J. Pothier souligne. Voy. à cet égard : R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier. Traité des obligations*, t. I, Paris, Thomine et Fortic libraires, 1821, p. 24, n° 19.
[166] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 65.
[167] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 224-225, n° 89.

parties, ou que la qualité de la personne déterminante du consentement de l'autre contractant ne faisait pas partie du contenu de l'intuitus personae en l'espèce »[168].

29. Place des articles 180 (mariage) et 2053 du Code civil (transaction) au sein de l'erreur sur la personne. – L'article 1110, alinéa 2, du Code civil ne constitue pas la seule disposition légale qui consacre la nullité de la convention pour cause d'erreur sur la personne d'un cocontractant. Il en va de même pour les articles 180 et 2053 du Code civil.

Toutefois, ces dispositions n'apportent pas de réelle plus-value à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, dans la mesure où elles n'en constituent toutes les deux qu'une application.

Selon l'article 2053 du Code civil, « Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation ». Les rédacteurs du Code civil n'ont pas expliqué la *ratio legis* de cette disposition dans le détail. Bigot-Préameneu déclare simplement, à son propos, « [qu'il] n'y a ni consentement, ni même contrat lorsqu'il y a erreur dans la personne. Telle serait la transaction que l'on croirait faire avec celui qui aurait qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux, tandis qu'il n'aurait aucune qualité, et que ce droit lui serait étranger »[169]. C'est sans doute pour cette raison que la doctrine se borne à appliquer les principes de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil au contrat de transaction[170]. Il y a donc place pour l'erreur, par exemple, lorsqu'un ayant droit à une succession passe une transaction avec une personne qu'elle croit héritière, alors qu'il ne s'agit pourtant pas du cas[171].

L'article 180 du Code civil prescrit que « Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur ». Les travaux préparatoires du code font preuve d'une certaine confusion à son sujet ; ils ne permettent pas de discerner clairement son intérêt par rapport à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. En réalité, le débat concernait la limitation de l'erreur à la personne même de l'époux, sans considération pour ses qualités. Il apparait que la Cour de cassation a suivi cette opinion dans un ancien arrêt du 17 juillet 1925[172]. Par exemple, selon la Cour d'appel de Liège, un mari peut alléguer une erreur sur l'identité civile de son épouse qui se prétendait d'origine rwandaise alors qu'elle venait du Congo[173]. Nous reviendrons sur cette question[174] (*infra*, n° 41).

---

[168] *Ibidem*.

[169] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. VII, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, p. 461, n° 11.

[170] Voy. not., dans le même sens, en droit belge : N. PORTUGAELS, « Dading », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 4, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 3, n° 3 ; P. MARCHAL, « La transaction », in *Rép. not.*, t. IX, L. X, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 141, n° 118 ; P.A. FORIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, coll. « C.U.P. », vol. 34, Liège, Formation permanente de la CUP, 1999, pp. 124-125, n° 11 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 515, n° 516 ; J. DE GRAVE, *Le contrat de transaction*, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 136, n° 94.

[171] P.A. FORIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, coll. « C.U.P. », vol. 34, Liège, Formation permanente de la CUP, 1999, p. 124, n° 11 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 515, n° 516.

[172] Cass., 17 juillet 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 370.

[173] Liège, 9 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 380.

[174] Voy. not. sur cette décision : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 343-344, n° 327 ; D. STERCKX, « Mariage en droit civil », in *Rép. not.*, t. I, L. 9/1, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 104, n° 103 ; J.-P. MASSON, « L'annulation du mariage – Législation, doctrine et jurisprudence », in *Démariage*

30. Aperçu de droit néerlandais et de droit suisse. – Les droits néerlandais et suisse connaissent l'erreur sur la personne et ils lui consacrent même tous deux une disposition.

1° Dans cet ordre d'idées, en vertu de l'article 6:228 du Burgerlijk Wetboek, « *Een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar: […] c. indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden* »[175].

Plusieurs auteurs expliquent que le régime de l'erreur sur la personne (« *dwaling in de persoon* ») s'assimile à celui de l'erreur de droit commun (« *dwaling in de zaak* »). A.S. Hartkamp et C.H. Siburgh écrivent, à ce sujet, que « *Bij dwaling in de persoon […] kan hetzelfde criterium worden aangelegd als met betrekking tot dwaling in de contractuele rechten of verplichtingen. Een beroep op dwaling in de persoon kan dus alleen dan met vrucht worden gedaan, indien aannemelijk is dat de dwalende de overeenkomst niet of niet op dezelfde wijze zou hebben gesloten, indien hij niet gedwaald had. Alle boven genoemde beginselen zijn ook hier toepasselijk. Met name zal moeten zijn voldaan aan de eis van kenbaarheid* »[176].

La doctrine néerlandaise reconnait tant l'erreur sur l'identité et que celle sur les qualités du cocontractant[177]. Par exemple, « *Een klassiek voorbeeld van identiteitsdwaling is het geval van de impresario die Carlotta Patti engageerde in de veronderstelling met haar zus Adeline Patti te contracteren. De heersende leer houdt er dan voor dat de impressario (sic) wilde contracteren met de persoon die voor hem stond en dat een contract tot stand is gekomen, zij het dat dit vernietigbaar is indien, zoals in het geval van de gezusters Patti, de persoon van belang is* »[178]. Toutefois, s'agissant de l'erreur sur l'identité, d'aucuns précisent que certaines situations peuvent constituer un cas de « *misverstand* » entre les cocontractants. Cette méprise correspond à une sorte d'erreur-obstacle : ainsi les volontés des parties ne se rencontrent-elles pas lorsque le contrat nait à la suite d'un malentendu, comme « *waneer (sic) een boodschap een ander bereikt dan degene tot wie zij is gericht* »[179]. Nous reviendrons sur ce point (*infra*, n° 39).

---

et coparentalité, Diegem, Kluwer, 1997, p. 184 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 731-732, n° 584.

[175] Voy. not. sur cet article en droit néerlandais : A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 185-221 ; J.A.C. HIJMA, *Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil*, deel I, 8e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2013, pp. 239-261 ; M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996, pp. 141-333.

[176] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 221-222, n° 249.

[177] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 221-222, n° 249 ; M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996, pp. 244-245.

[178] M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996, p. 244.

[179] *Ibidem*, pp. 244-245. Voy. dans le même sens : A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 222, n° 249.

2° Par ailleurs, l'article 24, alinéa 1er, du Code des obligations suisse prévoit la nullité de la convention lorsque l'erreur s'avère *essentielle*. Cette situation se rencontre, aux termes du deuxième point du premier alinéa de cette disposition, dès lors que le cocontractant qui se prévaut de l'erreur « avait en vue une autre chose que celle qui a fait l'objet du contrat, ou une autre personne et qu'elle s'est engagée principalement en considération de cette personne ».

Certains auteurs se fondent alors sur la nature *intuitu personae* du contrat à conclure afin de préciser les situations où l'*errans* peut considérer l'autre partie comme essentielle[180]. Selon P. Engel, « pour qu'une telle erreur soit admise, il faut que l'erreur porte sur l'identité du cocontractant, lequel a été confondu avec une autre personne. Et pour que cette erreur dans la déclaration soit considérée comme essentielle, il convient que la personne du cocontractant soit importante pour le déclarant, qui a conclu le contrat *intuitu personae*. Ce sera en particulier le cas dans les contrats où le débiteur est en principe tenu d'exécuter personnellement son obligation (art. 68 CO) et où les rapports de confiance jouent un rôle primordial – à l'instar du mandat – ainsi que dans les contrats de durée où la personnalité du partenaire contractuel joue un rôle de premier plan (contrat de société, bail à loyer, bail à ferme) »[181].

Dans cette logique, une partie de la doctrine suisse estime que l'erreur concerne normalement l'identité du cocontractant et non ses qualités. B. Schmidlin souligne ainsi que « L'identité de la chose ou de la personne ne concerne pas leur qualité, sauf si les qualités déclarées ne servent qu'à identifier l'objet ou la personne. […] L'invalidation pour cause d'erreur sur l'identité de la personne exige que le contrat soit conclu avec une personne précise qui s'engage à une prestation personnelle. Cette erreur ne porte pas sur la qualité de la personne mentionnée, mais sur l'identification d'une personne concrète ayant cette qualité »[182].

§2. – Réflexions sur l'approche classique de l'erreur sur la personne

31. Axes d'amélioration de l'approche classique. – À la réflexion, la place classiquement attribuée à l'*intuitus personae* lors d'une erreur sur la personne ne convainc pas totalement.

Il est vrai que les présomptions d'*intuitus personae* présentent de l'intérêt lorsque l'erreur porte sur la personne du cocontractant considérée comme un tout : l'*errans* se trompe purement et simplement d'individu avec qui il voulait initialement contracter. Dans cette situation, l'*errans* a intérêt à alléguer que l'erreur prend place dans un contrat *intuitu personae* par nature afin de se dispenser de prouver que sa méprise a un caractère essentiel : il est bien

---

[180] P. TERCIER et P. PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5e éd., Zurich, Schulthess, 2012, p. 178, n° 794 ; B. SCHMIDLIN, *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genève – Bâle – Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, pp. 157-158, nos 27-28 ; P. ENGEL, « L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations », in *L'évolution récente du droit des obligations*, M. BLANC (éd.), Lausanne, Cedidac, 2004, pp. 16-17.

[181] P. ENGEL, « L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations », in *L'évolution récente du droit des obligations*, M. BLANC (éd.), Lausanne, Cedidac, 2004, pp. 16-17. Dans une affaire du 21 mars 2003, le Tribunal Fédéral suisse a notamment rejeté l'erreur sur la personne dans un contrat de vente : l'acheteur avait obtenu les marchandises convenues auprès d'un autre vendeur que celui avec lequel il voulait contracter (T.F. 21 mars 2003, n° 4C.389/2002, https://www.swisslex.ch).

[182] B. SCHMIDLIN, *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genève – Bâle – Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, pp. 157-158, nos 27-28. Voy. du même auteur : B. SCHMIDLIN, *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Mängel des Vertragsabschlusses. Art. 23-31 OR*, in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, H. HAUSHEER et H.P. WALTER (éds.), Berne, Stämpfli Verlag, 2013, pp. 80-81.

présumé *in abstracto* que la personne de son cocontractant a déterminé son consentement[183]. Tel est notamment le cas lorsqu'une personne croit erronément passer commande d'une toile à un artiste de renom alors qu'il s'agit d'un inconnu[184] ; ainsi en est-il, aux termes de l'exemple classique de R.-J. Pothier, lorsque « me proposant d'épouser Marie & croyant contracter avec Marie & épouser Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne, qui se fait passer pour Marie »[185].

Toutefois, cette approche ne permet pas de résoudre toutes les difficultés pratiques rencontrées lors des cas d'erreur sur la personne. Nous développerons deux axes de réflexion pour le montrer. Tout d'abord, les cours et tribunaux connaissent des affaires où l'erreur porte sur la personne d'un tiers à la convention (*infra*, n° 32). Ensuite, l'erreur sur la personne physique d'un cocontractant ne se présente pas souvent en pratique : les juridictions traitent presque toujours d'espèces dans lesquelles la méprise porte sur les qualités de la partie choisie *intuitu personae* ou même sur celles de la partie qui ne justifie pas ce caractère (*infra*, n° 33).

32. Une approche plus englobante : l'erreur sur la personne d'un tiers à la convention. – Plusieurs espèces montrent que l'erreur sur la personne englobe certaines situations qui dépassent l'échelle du contrat : la méprise peut concerner un tiers à la convention souscrite par les parties. Dans ce cas, les juridictions ne peuvent pas se fonder sur la nature *intuitu personae* du contrat afin de présumer le caractère essentiel de la personne du tiers : elles doivent, à l'inverse, statuer *in concreto* sur cette condition au départ de la volonté des cocontractants[186].

En droit français, le cautionnement a donné lieu à de nombreux cas d'erreur sur la personne d'un tiers à la convention[187]. Cette situation se rencontre notamment lorsque la caution invoque une méprise sur la solvabilité de son débiteur principal afin d'obtenir la nullité du contrat qu'elle a conclu avec le créancier ; la caution s'avère juridiquement bien tierce à cette garantie personnelle. Une décision de la Cour de cassation du 1er octobre 2002 illustre cette idée[188]. Une personne avait cautionné les dettes d'une société admise en procédure de redressement judiciaire peu de temps après la conclusion du contrat. Afin de s'en dégager, la caution allégua l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal. La Cour de cassation a fait droit à cette prétention. Selon elle, « attendu qu'après avoir relevé, par des motifs propres et adoptés, que M. Burtin, tiers à la société, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque, qui était en relation d'affaires avec cette société depuis 1984, ne pouvait ignorer cette situation, l'arrêt retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution ;

---

[183] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 81, n° 105 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, p. 14, n° 10.

[184] Voy. sur l'exemple du tableau commandé erronément à Jacques pris pour Natoire : R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier. Traité des obligations*, t. I, Paris, Thomine et Fortic libraires, 1821, p. 23, n° 19.

[185] R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, t. I, Paris – Orléans, Debure Pere – Veuve Rouzeau-Montaut, 1771, p. 364, n° 308.

[186] Cons. not. : F. GARRON, « L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat », *R.I.D.C.*, 2004, pp. 74-82.

[187] Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET ; Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149 ; Cass. fr. com., 11 janvier 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, n° 15 ; Cass. fr. 1re civ., 11 décembre 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 286 ; Cass. fr. 1re civ., 19 mars 1985, *Bull. civ.*, 1985, I, n° 98, *J.C.P.*, 1986 II, 20659, note P. BOUTEILLER ; Cass. fr. 1re civ., 25 octobre 1977, *Bull. civ.*, 1977, I, n° 388 ; Cass. fr. 1re civ., 1er mars 1972, *Bull. civ.*, 1972, I, n° 70 ; Cass. fr. 1re civ., 27 juin 1973, *D.*, 1793, jurispr., p. 733, note Ph. MALAURIE.

[188] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149.

qu'ainsi, ayant fait ressortir que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal une condition tacite de sa garantie, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »[189].

Une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 5 décembre 1994 fournit un autre exemple de cette sorte d'erreur dans le domaine des assurances[190]. Une personne a pris une assurance contre les risques de malversation de son gestionnaire de fonds. Elle fait appel à sa couverture peu de temps après la conclusion du contrat. Afin de ne pas intervenir, l'assureur décide de plaider l'erreur sur les qualités du gestionnaire de fonds : un document remis à l'assureur par le courtier de l'assuré indiquait que ce gestionnaire consistait en un avocat fortuné et honorable, alors qu'il s'agissait en réalité d'un praticien criblé de dettes et déjà poursuivi pour malversations. Dans cette affaire, la Cour a fait droit à la prétention de l'assureur et donc à l'erreur sur les qualités d'un tiers au contrat. Sur la base des circonstances de fait précitées, elle a décidé que « l'erreur des appelantes [la compagnie d'assurance et sa filiale] a porté sur des éléments tels que la prétendue qualité de Rossignol de tuteur d'un mineur et la prétendue qualité d'avocat important et fortuné qui les ont déterminées principalement à contracter »[191].

L'erreur sur la personne d'un tiers se rencontre encore dans d'autres conventions. La Cour de cassation française l'a ainsi admise au sujet d'un contrat d'arbitrage pour cause d'erreur sur l'impartialité et l'indépendance d'un arbitre[192] ; l'intérêt de cette décision réside dans le fait qu'elle valide l'annulation rétroactive de l'accord compromissoire – et non du contrat conclu entre les litigants et l'arbitre – alors que les arbitres avaient déjà rendu leur sentence[193].

Enfin, dans toutes ces hypothèses, d'aucuns ont remarqué que l'erreur s'accorde mal avec l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. Il est vrai que le libellé de cette disposition limite l'erreur « à la personne avec laquelle on a intention de contracter » et, de la sorte, à la personne du cocontractant. Cependant, la plupart des auteurs approuvent l'erreur sur la personne d'un tiers à la convention, même si certains s'interrogent parfois sur le fondement d'une telle méprise[194]. Nous verrons qu'elle repose sur la cause subjective de l'engagement (*infra*, n° 44).

---

[189] *Ibidem.* Pour certains auteurs belges, l'abstraction du cautionnement ferait obstacle à ce que la caution puisse se prévaloir d'une erreur sur la solvabilité du débiteur principal à défaut d'une clause expressément prévue dans ce sens (P.A. FORIERS, « Le cautionnement et la responsabilité du donneur de crédit », obs. sous Bruxelles 21 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, pp. 282-283 ; S. VELU, « La libération de la caution à l'égard du créancier sur base d'exceptions », obs. sous Bruxelles 16 juin 1975, *Rev. de la banque*, 1976, pp. 313-317). Nous souscrivons partiellement à ce point de vue. Nous reviendrons sur cette question dans la suite de ce chapitre (*infra*, n° 46).

[190] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

[191] *Ibidem.*

[192] Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.

[193] Voy. dans le même sens : Cass. fr. 2e civ., 20 février 1974, *J.C.P.*, IV, p. 123, *D.*, 1974, inf. rap., p. 109. *Adde* un autre arrêt, qui a admis le même principe, sans que le défaut d'impartialité fût toutefois concrètement démontré : Cass. fr. 2e civ., 31 mars 1978, *Bull. civ.*, 1978, II, p. 71, n° 90.

[194] Voy. not. dans le cadre de l'erreur sur la solvabilité de la caution : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, pp. 107-108, n° 214 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, pp. 967-971, nos 1191-1192 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis, 2008, pp. 147-148, n° 137 ; F. GARRON, « L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat », *R.L.D.C.*, 2004, pp. 76-77 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 262-264, n° 385. Voy., toutefois, pour une opinion plus réservée, mais qui ne l'exclut pas totalement : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2010, pp. 227-235.

33. Une approche plus précise : incertitudes liées à la nature de la convention. – Quelques auteurs français se sont toujours interrogés sur l'utilité de se référer *in abstracto* à la nature *intuitu personae* de certains contrats afin de jauger le caractère déterminant de l'erreur.

1° Une partie de la doctrine française juge effectivement cette approche imprécise dès lors que l'erreur porte sur l'une des qualités de la personne qui justifie l'*intuitus personae*. Selon eux, il faut alors presque toujours statuer *in concreto* sur le caractère déterminant de l'erreur[195].

Dans cette perspective, J. Ghestin écrit que « [l'on] a coutume de dire, en effet, que l'erreur sur la personne n'est cause de nullité que dans les contrats conclus *intuitu personae*. On fait ainsi appel à une notion dont la portée dépasse les limites de la théorie de l'erreur […] Toutes ces observations sont intéressantes. Elles ont cependant l'inconvénient de conduire à formuler de façon abstraite et, du même coup, partiellement inexacte, le véritable problème. La question est de savoir si l'identité du cocontractant ou l'une de ses qualités avait déterminé le consentement du demandeur en annulation. Sans doute, n'en peut-il être ainsi que dans l'hypothèse où le contrat était conclu *intuitu personae* ; mais cette constatation ne fournit qu'une réponse incomplète. Il faut encore se préoccuper du contenu de l'*intuitus personae* dans le contrat considéré, et particulièrement rechercher si les qualités normalement prises en considération dans un type de contrat sont bien celles qui avaient exercé sur le consentement une influence décisive. Finalement, il faut soigneusement se garder de rechercher dans la notion d'*intuitus personae* une solution abstraite, même sous la forme d'une présomption simple. On doit, au contraire, considérer de façon particulière et concrète le contrat critiqué et rechercher si l'identité du cocontractant ou telle de ces qualités avait déterminé le consentement »[196]. En conclusion, contrairement à ce que l'on suggère souvent, cet auteur ajoute que « L'influence déterminante exercée sur le consentement par l'identité ou la qualité de l'autre partie est une question de pur fait qui doit être résolue selon les circonstances propres à l'espèce »[197].

D'autres commentateurs français ont également suivi ce point de vue[198]. Selon E. Putman, « il suit que l'*intuitus personae* dans les contrats doit être regardé sans excessif esprit de système : à la distinction doctrinale des contrats *intuitu personae* par essence et de ceux où un élément d'*intuitus personae* est introduit par la volonté des parties, distinction séduisante mais insuffisante pour rendre un compte exact de la pratique, se substitue l'idée que la prise en considération de la personne est, assez largement, une question de fait »[199]. Cette opinion s'inspire à bon droit d'une ancienne et timide tendance doctrinale : certains auteurs classiques insistaient sur l'analyse concrète de la considération de la personne lors d'une erreur[200].

---

[195] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 962, n° 1185 ; E. PUTMAN, Obs. sous Saint Denis-de-la-Réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, E, 1990, II, 15835, p. 514 ; J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 236-237, nos 198-199.

[196] J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 237, n° 199.

[197] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 962, n° 1185.

[198] E. PUTMAN, Obs. sous Saint Denis-de-la-Réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, E, 1990, II, 15835, p. 514.

[199] *Ibidem.*

[200] AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 5e éd., par G. Rau et Ch. Falcimaigne, Paris, L.G.D.J., 1902, p. 493, §343*bis* ; Fr. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XV, 3e éd., Bruxelles – Paris, Bruylant-Christophe – A. Marescq, 1878, p. 571, n° 498 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1868, p. 113, n° 119 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, Henri Plon, 1865, p. 22, n° 17*bis*.

Une décision de la Cour d'appel de Paris du 7 juin 1973 illustre ces propos dans le domaine du contrat de mariage[201]. Une épouse n'avait jamais divulgué son véritable nom à son mari. Ce dernier allégua alors une erreur sur son identité civile. Pour la haute juridiction, pareille méprise « ne peut entraîner la nullité du mariage que si l'état civil apparent a été déterminant du consentement donné »[202]. Ce point n'a pas été démontré par le demandeur, qui avait vécu en harmonie avec sa femme pendant vingt-cinq ans. De la sorte, la Cour conclut en décidant que son consentement avait été donné « pour toute autre raison que son nom et son appartenance familiale »[203]. En somme, le fait que le contrat de mariage appartient sans aucun doute aux conventions *intuitu personae* par nature n'a présenté aucune utilité pour trancher cette affaire. Il a bien fallu raisonner concrètement afin de statuer sur le caractère déterminant de la méprise.

2° Une partie de la doctrine a poussé cette réflexion un cran plus loin : apprécier le caractère déterminant de l'erreur par la référence systématique à la nature abstraite du contrat revient parfois à se fonder sur une opinion personnelle qui peut manquer de précision.

S'agissant du mariage, G. Goubeaux pense que l'approche classique revient « à retenir une notion "sociologique" de l'erreur. Le caractère déterminant de l'erreur s'apprécie *in abstracto*, d'après la conception que se fait le juge de ce qui, pour le sentiment commun, est ou n'est pas une qualité essentielle ». Toutefois, ajoute-t-il, « Sur quelles bases ? Il n'existe à ce sujet aucune donnée scientifique sérieuse, et l'on ne peut guère scruter les décisions judiciaires publiées. Mais comme cette théorie tire de sa souplesse une part importante de sa justification, il n'est pas possible de se fier à ce qui pourrait être acquis en jurisprudence. En définitive, c'est donc le sentiment personnel du juge qui le conduit à décider, dans chaque affaire, si l'erreur alléguée est ou non "sociologiquement" déterminante. C'est ouvrir au large les portes de l'arbitraire et l'incertitude, ces défauts qui ruinent tout système juridique »[204].

Si cette critique parait très – voire trop – sévère, elle nous semble reposer sur une base d'exactitude. Deux décisions relatives à l'erreur sur la personne d'un ouvrier en témoignent.

Dans une affaire du 8 novembre 1971, concernant un contrat de travail, le Tribunal du travail de Charleroi a dû juger une hypothèse d'erreur sur la qualification d'un ouvrier[205]. À cette occasion, le Tribunal du travail a considéré sans réserve « que les contrats de louage de services revêtent semblable caractère [*intuitu personae*] puisque le consentement de l'employeur est déterminé par la considération de la qualification et de l'aptitude de l'ouvrier en fonction de ses besoins en personnel pour des tâches bien définies »[206]. Pour la juridiction, le caractère *intuitu personae* permet donc de considérer que la qualification et que l'aptitude de l'ouvrier représentent nécessairement un élément déterminant du consentement de l'employeur.

En revanche, selon M. Jamoulle, « On s'accorde à considérer que l'*intuitus personae* caractérise le consentement de l'employeur dans tout contrat de travail. […] Il faut cependant admettre qu'à l'égard de certains contrats conclus avec une main-d'œuvre non qualifiée,

---

[201] Paris, 7 juin 1973, *D.*, 1974, jurisp., p. 174, note P. GUIHO.
[202] *Ibidem.*
[203] *Ibidem.*
[204] G. GOUBEAUX, Obs. sous Paris 7 juin 1973, *J.C.P.*, 1973, 17539. Voy. pour une critique similaire : P. GUIHO, Obs. sous Paris 7 juin 1973 et T.G.I. Avranches 10 juillet 1973, *D.*, 1974, jurispr., p. 178 ; G. CORNU, Obs. sous Trib. Civ. Grenoble 13 mars et 20 novembre 1958, *D.*, 1959, jurispr., p. 496.
[205] Trib. Trav. Charleroi, 8 novembre 1971, *J.T.T.*, 1972, p. 77.
[206] *Ibidem*, spéc. p. 78.

salariés quasi interchangeables, cette analyse est proche d'une fiction juridique »[207] ; de même, lors d'une décision du 17 janvier 1911, la Cour de cassation française a estimé « [qu'un] contrat de louage d'ouvrage n'est pas nul, bien que l'ouvrier ait induit le patron en erreur sur son identité en produisant les papiers d'un tiers, quand il y a lieu de penser que, s'il avait produit ses propres pièces (qu'il n'avait pas alors en sa possession), il aurait été embauché sans difficulté »[208]. Les compétences de l'ouvrier n'avaient ici aucune importance dans la mesure où ses obligations consistaient à charger et décharger des wagons. De ce fait, il ne pouvait pas y avoir d'erreur sur l'identité de l'ouvrier vu que ce salarié s'avérait quasi interchangeable.

Il apparait ainsi que le statut des compétences ou des qualifications d'un ouvrier ne fait pas l'unanimité. De la sorte, il est vrai qu'admettre automatiquement leur caractère déterminant sur la base de la nature *intuitu personae* du contrat de travail s'avère parfois imprécis.

3° Enfin, il faut s'accorder sur la partie qui justifie l'*intuitus personae*, même lorsque l'on convient abstraitement du fait qu'un contrat comporte ce caractère. La considération de la personne se présente parfois de façon *unilatérale* dans le chef d'un débiteur – comme dans un contrat conclu avec un artiste – ou dans celui d'un créancier[209] – comme dans une ouverture de crédit[210] ou dans un commodat[211]. Un *intuitus personae bilatéral* se rencontre plus rarement[212] : il s'agit du cas, par exemple, dans un bail à nourriture[213]. En somme, la structure de ce concept varie *in concreto* d'une espèce à une autre, même dans les contrats qui le comportent par nature.

Une décision du Tribunal de travail de Bruxelles du 12 janvier 2004 le démontre[214]. Une dame avait cru contracter un contrat de travail avec un courtier en assurances, alors qu'il ne s'agissait que d'un indépendant sans agrément. *In casu*, le Tribunal a admis l'erreur sur la personne, au motif qu'un élément essentiel du contrat faisait défaut : un collaborateur indépendant ne doit effectivement « pas satisfaire aux conditions de capacité financières imposées aux courtiers en assurances (...) et dont la pérennité de l'activité n'est nullement garantie comme l'est celle d'un courtier détenteur d'un portefeuille de clientèle »[215]. La décision ne fait pas mention de l'existence d'un contrat *intuitu personae*. En réalité, la doctrine admet classiquement que la personne de l'employé justifie normalement ce caractère, mais pas

[207] M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, p. 30, n° 10.
[208] Cass. Req., 17 janvier 1911, *D.P.*, 1911, V, p. 61.
[209] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164, n° 16, spéc. note 169. Voy. en droit français : D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD. civ.*, 2003, pp. 5-10, n^{os} 7-17.
[210] Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100.
[211] R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, p. 16, n° 44.
[212] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 36 ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD. civ.*, 2003, p. 4, n° 4 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 172, n° 309.
[213] M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 144, n° 157 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 235-236, n° 342, spéc. note 16.
[214] Trib. trav. Bruxelles, 12 janvier 2004, *Chron. D.S.*, 2004, p. 485.
[215] *Ibidem*, spéc. p. 486.

celle de l'employeur[216]. La référence abstraite à cette sorte de conventions n'apporte pas de plus-value pour déterminer techniquement l'existence d'une erreur sur la personne du patron.

Une dernière observation corrobore ce raisonnement. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'*error in persona* peut aussi prendre place dans un contrat dépourvu d'*intuitus personae* à la base. Cette situation se présente souvent en pratique : aussi en est-il notamment pour le contrat d'arbitrage[217], le contrat d'assurance[218] ou de cautionnement[219]. Le contrat de vente peut aussi faire l'objet d'une erreur sur la personne à la lumière des particularités de l'objet des obligations des parties[220]. Dans tous ces cas, il faut logiquement dépasser la référence à la nature de la convention afin d'apprécier le caractère déterminant de la méprise de l'*errans*.

§3. – Conclusion intermédiaire

34. Base : cocontractant classiquement présumé déterminant sur la base de la nature *intuitu personae* du contrat. – L'article 1110, alinéa 2, du Code civil prescrit un principe et son exception : il n'y a normalement pas de place pour l'erreur sur la personne d'une partie, à moins de démontrer que cette dernière constitue l'élément déterminant de la convention.

Une majorité des auteurs appréhendent classiquement le caractère déterminant de cette sorte de méprise à la lumière de la nature *intuitu personae* de certains contrats. L'intérêt de cette approche réside dans le fait qu'elle permet de *présumer* qu'un cocontractant représente l'élément essentiel du consentement de l'*errans* lors d'un litige d'erreur (*supra*, n° 27).

Dans ce cadre, selon certains, les contrats à *titre gratuit* peuvent toujours faire l'objet d'une erreur sur la personne du bénéficiaire du service ou de la donation : un individu ne donne ou ne rend pas un service non rémunéré à n'importe qui. Une convention à titre onéreux ne peut donc pas, à l'inverse, entrer dans le champ d'application de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. La personne des parties importe peu dans ce cas. Toutefois, il existe une exception à ce principe, à savoir lorsque le contrat se fonde sur l'habileté ou la confiance d'une partie. Cette dernière représente alors à nouveau l'élément déterminant de son cocontractant (*supra*, n° 28).

35. Axes d'amélioration : une approche plus englobante et plus précise. – La place classiquement attribuée à l'*intuitus personae* dans l'erreur repose sur une base d'exactitude.

Il est vrai que la référence à la nature préétablie d'une convention présente un intérêt à partir du moment où l'erreur porte sur la personne du cocontractant considérée comme un tout. Dans cette situation, l'*errans* peut se fonder sur le caractère normalement *intuitu personae* du

---

[216] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 861, n° 1191. En droit français : M.A. PEANO, « L'*intuitus personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.
[217] Cass. fr. 2e civ., 31 mars 1978, *Bull. civ.*, 1978, II, p. 71, n° 90 ; Cass. fr. 2e civ., 20 février 1974, *J.C.P.*, IV, p. 123, *D.*, 1974, inf. rap., p. 109 ; Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.
[218] Comm. Bruxelles, 17 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, 15032, note S. SAHLI ; Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676. Les contrats d'assurance-crédit et d'assurance de responsabilité professionnelle contiennent souvent l'*intuitus personae* (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482).
[219] Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET ; Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149 ; Cass. fr. com., 11 janvier 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, n° 15 ; Cass. fr. 1re civ., 11 décembre 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 286 ; Cass. fr. 1re civ., 19 mars 1985, *Bull. civ.*, 1985, I, n° 98, *J.C.P.*, 1986 II, 20659, note P. BOUTEILLER ; Cass. fr. 1re civ., 25 octobre 1977, *Bull. civ.*, 1977, I, n° 388 ; Cass. fr. 1re civ., 1er mars 1972, *Bull. civ.*, 1972, I, n° 70 ; Cass. fr. 1re civ., 27 juin 1973, *D.*, 1793, jurispr., p. 733, note Ph. MALAURIE. *Cf.* aussi Rennes, 14 juin 1951, *D.*, 1952, jurispr., p. 712, note A.T.
[220] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN.

contrat pour se dispenser de devoir démontrer que l'autre partie a déterminé son consentement ; ce raisonnement a le mérite de simplifier sa tâche ainsi que celle du juge (*supra*, n° 31).

Toutefois, une telle approche connait deux axes d'amélioration.

Tout d'abord, en pratique, il apparait que les cours et tribunaux doivent trancher des affaires où l'erreur porte sur la personne d'un tiers et non sur celle du cocontractant. Dans ce cas de figure, les juridictions ne peuvent pas se fonder *in abstracto* sur la nature *intuitu personae* du contrat afin de présumer le caractère déterminant de l'erreur ; à l'inverse, elles doivent adopter une approche plus englobante, c'est-à-dire apprécier cette condition *in concreto* à l'aune de la volonté des parties. L'erreur sur la personne d'un tiers se rencontre notamment dans le domaine du cautionnement, des assurances ou dans celui de l'arbitrage (*supra*, n° 32).

Plusieurs auteurs ont également remis en cause la précision de l'approche classique. *Primo*, certains jugent cette approche incertaine quand l'erreur porte sur les qualités d'une partie. Un raisonnement concret s'impose presque toujours afin de déterminer si une qualité a eu une influence déterminante sur le consentement d'un cocontractant. *Secundo*, apprécier *in abstracto* le caractère déterminant de l'erreur par référence à la nature *intuitu personae* du contrat revient parfois à se fonder sur une opinion qui manque de nuance à défaut de données statistiques précises. *Tertio*, dans maintes situations, la structure de l'*intuitus personae* pose des difficultés. Il y a parfois lieu de déterminer quelle partie justifie ce caractère, même pour les contrats qui le comportent normalement en raison de leur nature. Dans tous ces cas, la référence à la nature du contrat ne permet pas toujours de résoudre un cas d'erreur (*supra*, n° 33).

36. Proposition : approche concrète de l'erreur sur la personne. – En conclusion, vu les observations émises par une partie de la doctrine et de la jurisprudence, nous pensons que le caractère déterminant de l'erreur sur la personne doit s'apprécier *in concreto* au premier chef.

Cette affirmation revient à examiner concrètement la volonté des parties au départ des outils interprétatifs dégagés pour l'erreur sur la substance. Parmi ces outils, il y a place pour la référence aux clauses contractuelles, aux documents précontractuels, aux particularités de l'objet des obligations d'une des parties ou encore à la finalité contractuelle (*infra*, n^{os} 47-51).

Cependant, nous verrons qu'une approche plus objective ne disparait pas totalement : son importance se réduit simplement. Ce constat s'impose étant donné que la volonté des parties n'apparait pas toujours avec suffisamment de clarté pour trancher le litige d'erreur. Dans ce cas, la référence à la nature de la prestation, à la loi ou à certains usages permet aux juridictions de présumer le caractère déterminant d'une partie ou de ses qualités (*infra*, n° 52).

Section 2. Le régime de l'erreur sur la personne

37. Plan. – Dans cette section, nous verrons d'abord le champ d'application de l'*error in persona* (**§1er**). Nous examinerons également les outils qui permettent de déterminer quand un cocontractant constitue l'élément déterminant du consentement de l'autre (**§2**). Enfin, dans un dernier temps, nous reviendrons sur les caractères commun et excusable de l'erreur (**§3**).

§1er. – Champ d'application de l'erreur sur la personne

38. Erreur sur la personne du cocontractant et erreur sur la personne d'un tiers. – L'article 1110, alinéa 2, du Code civil porte logiquement sur la personne du cocontractant ainsi que sur les qualités qui la composent. Cette idée s'applique aussi aux personnes morales (**A**). En outre, l'*error in persona* concerne parfois un tiers au contrat conclu entre les parties (**B**).

A. L'erreur sur la personne du cocontractant

39. Erreur sur l'identité physique ou civile. – La méprise sur l'identité physique du cocontractant, considéré *in globo* soit comme un tout, constitue la première sorte d'erreur[221]. Il s'agit ainsi du cas lorsqu'un individu croit conclure un contrat avec un peintre de renom, alors qu'il s'agit en réalité d'un inconnu[222] ; une telle erreur se conçoit aussi, selon l'exemple classique de R.-J. Pothier, dès lors qu'une personne se substitue à une autre lors d'un mariage[223].

Toutefois, au-delà de ces deux cas d'école, une erreur sur l'*identité physique* ne se rencontre presque jamais[224]. Un seul arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 4 mars 1969 s'en rapproche[225]. Dans cette affaire, relative à une transaction, deux personnes dotées d'un nom de famille similaire étaient en litige contre la même société : à la suite d'une erreur, la société envoie une transaction à monsieur Lamaury, alors qu'elle devait l'envoyer à monsieur Lenoury. Le premier signe le contrat et le deuxième l'assigne en dommages et intérêts. Sur la base de ces faits, la Cour d'appel a considéré « Qu'il est constant qu'une erreur matérielle s'est produite, sans qu'il y ait lieu d'incriminer la bonne foi de telle ou telle partie ; […] Qu'une confusion entre deux dossiers apparaît comme très vraisemblable ; Qu'en tous cas, la transaction litigieuse ne peut être valable en raison de l'erreur sur l'identité de son unique signataire »[226].

Il est intéressant de noter que la Cour d'appel de Rouen n'a pas examiné le caractère déterminant de l'erreur pour prononcer la nullité de la transaction. Selon F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, cette carence s'explique par le fait que « L'erreur est tellement profonde qu'on

---

[221] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 25, n° 33 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 117 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 239, n° 239 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 81, n° 105 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 48, n° 36.

[222] R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier. Traité des obligations*, t. I, Paris, Thomine et Fortic libraires, 1821, p. 23, n° 19.

[223] R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, t. I, Paris – Orléans, Debure Pere – Veuve Rouzeau-Montaut, 1771, p. 364, n° 308.

[224] Voy. not., en ce sens, en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 65.

[225] Rouen, 4 mars 1969, *J.C.P.*, II, 15911, note M.A.

[226] *Ibidem*.

pourrait d'ailleurs parler dans un tel cas d'erreur-obstacle »[227] ; le contrat a vu le jour à la suite d'un véritable malentendu, de sorte que les consentements des parties ne se sont pas rencontrés. Ce point de vue s'inscrit dans le sillage des développements de droit néerlandais. En effet, dans cet ordre juridique, il est admis que l'erreur sur l'identité physique s'apparente à une sorte d'erreur-obstacle lorsque le contrat nait à la suite d'un *malentendu* (« *misverstand* ») : il s'agit notamment du cas dès lors qu'une offre de contracter parvient à la mauvaise personne qui l'accepte[228]. Ces propos se transposent en droit belge. Toutefois, dans ce cadre, il faut rappeler que le régime de l'erreur-obstacle se construit au départ de celui de l'erreur sur la substance : ainsi la condition d'excusabilité reste-t-elle d'application pour cette sorte de méprise[229].

L'erreur peut également concerner l'*identité civile* d'une partie. Dans ce cas de figure, la méprise de l'*errans* vise les attributs de l'identité de son cocontractant, comme son nom, sa nationalité ou encore son domicile[230]. Il semble que cette identité peut revêtir un caractère déterminant dans certaines circonstances. Une décision de la Cour d'appel de Liège du 9 janvier 2007 le montre[231]. Une épouse avait caché son nom et sa nationalité à son mari afin de conserver son statut de réfugiée. Le mari l'apprend et réclame la nullité du mariage pour cause d'erreur sur l'identité civile. En l'espèce, la Cour a décidé « [qu'en] se présentant comme une réfugiée alors qu'elle ne l'était pas et qu'en se prétendant d'origine rwandaise alors qu'elle était née au Congo, l'intimée brouillait les pistes et trompait ses interlocuteurs, quels qu'ils soient, sur sa véritable identité. Ce faisant, elle a circonvenu le consentement de l'appelant »[232].

40. Erreur sur les qualités d'une personne physique. – S'agissant de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, les auteurs belges et français ont toujours admis l'erreur sur les qualités d'un cocontractant, même si le libellé de cette disposition n'en fait pas expressément mention[233].

---

[227] F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 247, n° 219.
[228] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 221-222, n° 249 ; M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996, pp. 244-245.
[229] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 9, n° 9 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 240, n° 240 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 46, n° 34.
[230] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 65 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 376, n° 374.
[231] Liège, 9 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 380.
[232] *Ibidem.*
[233] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 25, n° 33 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 117 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 239, n° 239 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 81, n° 105 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 48, n° 36. Voy. not. en droit français : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 242, n° 499 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 246, n° 219 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 188, n° 201 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, P.U.F., 2008, p. 308, n° 131 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 60, n° 16.

Une multitude de qualités peuvent constituer l'objet de l'erreur en pratique[234]. Il nous semble donc impossible d'en dresser une liste exhaustive. Ainsi les cours et tribunaux ont-ils déjà admis une erreur pour les qualités suivantes : la qualité de courtier agréé[235], la qualité de conseiller en investissement agréé[236] ou d'intermédiaire en assurances[237], la qualité de commerçant[238], de partie titulaire de la personnalité morale[239], l'aptitude et les compétences d'un travailleur[240], les compétences de gestion financière d'un directeur de société[241], l'impartialité d'un arbitre[242] ou encore la moralité et la réputation d'un gestionnaire de fonds[243].

Dans cet ordre d'idées, plusieurs auteurs se sont demandé si la solvabilité pouvait constituer une qualité de la personne d'un cocontractant ; cette qualité ressortirait davantage du patrimoine que de sa personne physique en tant que telle. Cependant, bien que la solvabilité entretienne certainement un lien avec le patrimoine, elle révèle également les capacités de gestion de la partie qui le gère concrètement. Selon F. Valleur, la solvabilité d'une partie peut donc être « considérée comme une qualité de la personne qui possède ce patrimoine et en assure la gestion. C'est une qualité de la personne fondée à la fois sur l'élément patrimoine qu'elle a et sur ses capacités personnelles quant à la gestion de ce patrimoine »[244]. La solvabilité de l'acheteur[245] et du débiteur principal d'un cautionnement[246] ont donc pu justifier une erreur.

41. Erreur sur les qualités d'un époux dans le contrat de mariage. – En droit positif belge, l'admissibilité de l'erreur sur les qualités d'un époux ne fait pas l'unanimité. Cette incertitude résulte du fait que le texte de l'article 180 du Code civil ne précise rien à cet égard.

Par un arrêt du 17 juillet 1925, la Cour de cassation a décidé « [qu'aux] termes de l'article 180 du Code civil, l'erreur n'est une cause de nullité du mariage que lorsqu'il y a erreur dans la personne ; que cette erreur ne peut s'entendre que d'une erreur ayant pour objet la personne elle-même, et portant, soit sur l'identité physique, soit sur l'identité ou la personnalité civile de l'un des conjoints »[247]. La Cour de cassation belge rallie par-là le point de vue tenu

---

[234] Voy. not. pour une étude approfondie de la question en droit français, qui dépasse toutefois le cadre du contrat *intuitu personae* : J.-Fr. RENUCCI, « L'identité du cocontractant », *RTD. civ.*, 1993, pp. 441-483.
[235] Trib. trav. Bruxelles, 12 janvier 2004, *Chron. D.S.*, 2004, p. 485.
[236] Com. Bruxelles, 17 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, 15032, note S. SAHLI.
[237] J.-P. Landen-Zoutem, 27 janvier 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 301, note N. GILBERT et C. VAN SCHOUBROECK.
[238] Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET.
[239] Saint-Denis-la-Réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 15835, note E. PUTMAN.
[240] Trib. trav. Charleroi, 8 novembre 1971, *J.T.T.*, 1972, p. 77. Voy. en droit français : Cass. fr. soc., 23 janvier 1992, *Bull. civ.*, V, 1992, n° 47 ; Metz, 3 mai 1995, *J.C.P.*, 1995, IV, 1923.
[241] Cass. fr. soc. 3 juillet 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 329, *D.*, 1991, jurispr., p. 507, note J. MOULY.
[242] Cass. fr. 2e civ., 20 février 1974, *D.*, 1974, inf. rap., p. 109, *J.C.P.*, 1974, IV, p. 123 ; Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT ; Paris, 8 mai 1970, *D.*, 1970, jurisp., p. 635, note J. ROBERT, *J.C.P.*, 1970, II, 16437, note P.L.
[243] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.
[244] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 232-233, n° 92.
[245] Cass. 1er civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN. Voy. l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, confirmé par la première chambre civile : Paris, 10 février 1961, *D.*, 1962, somm., p. 22.
[246] Civ. Anvers, 18 février 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1447. Voy. en droit français : Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149 ; Cass. fr. com., 11 janvier 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, n° 15 ; Cass. fr. 1re civ., 11 décembre 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 286 ; Cass. fr. 1re civ., 19 mars 1985, *Bull. civ.*, 1985, I, n° 98, *J.C.P.*, 1986 II, 20659, note P. BOUTEILLER ; Cass. fr. 1re civ., 25 octobre 1977, *Bull. civ.*, 1977, I, n° 388 ; Cass. fr. 1re civ., 1er mars 1972, *Bull. civ.*, 1972, I, n° 70 ; Cass. fr. 1re civ., 27 juin 1973, *D.*, 1793, jurispr., p. 733, note Ph. MALAURIE.
[247] Cass., 17 juillet 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 370, spéc. p. 375.

par son homologue française dans une ancienne décision du 24 avril 1862[248]. Toutefois, en raison d'une controverse persistante, le législateur français a modifié le texte de l'ancien article 180 du Code civil français pour consacrer légalement l'erreur sur les qualités d'un époux[249].

Dans cette perspective, il apparait que les cours et tribunaux belges n'ont pas adopté une position commune sur cette question. Si une majorité suit l'enseignement de la Cour de cassation, une autre tendance adopte la solution opposée[250] : aussi les Cours d'appel d'Anvers et de Mons ont-elles consacré l'erreur sur les facultés mentales d'un époux[251] ; à l'inverse, la Cour d'appel de Bruxelles a rejeté l'existence de cette sorte de méprise dans une affaire relative aux conceptions religieuses d'un conjoint[252] ou encore à son aptitude à pouvoir procréer[253].

Une partie de la doctrine belge rejette également l'erreur sur les qualités de l'époux[254]. Selon H. De Page, il faut admettre que « des vices de contentement peuvent être facilement simulés (notamment le dol et l'erreur), et qu'en leur faisant la part trop large, les époux arriveraient indirectement à rompre, selon leurs convenances personnelles, une union que la loi veut, en principe, indissoluble »[255]. Ce point de vue n'emporte pas la conviction. Plusieurs auteurs pensent, à juste titre, que la stabilité du mariage ne représente plus un argument dirimant. L'évolution de cette institution ainsi que de celle du divorce le démontrent[256].

42. Erreur sur les qualités des associés et sur les qualités d'une personne morale. – La doctrine pense qu'une erreur sur la personne peut prendre place dans le droit des sociétés[257].

En l'occurrence, il est admis que la méprise concerne normalement la personne ou les qualités d'un associé d'une société de personnes non personnalisée[258]. L'erreur peut donc avoir trait aux associés de la société simple[259], des anciennes sociétés de droit commun, en

---

[248] Cass. fr. ch. réunies, 24 avril 1862, *D.*, 1862, p. 154, Concl. conf. proc. gén. M. DUPIN.

[249] Plusieurs juridictions avaient admis l'erreur sur les qualités d'un époux, malgré l'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril 1862. Voy. not. : Paris, 7 juin 1973, *D.*, 1974, jurisp., p. 174, note P. GUIHO, *J.C.P.*, 1973, 17539, note G. GOUBEAUX ; T.G.I. Avranches, 10 juillet 1973, *D.*, 1974, jurispr., p. 175, note P. GUIHO ; T.G.I. Paris, 8 février 1971, *Gaz. Pal.*, 1972, n^{os} 58-60, p. 11. ; T.G.I. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, *D.* 1959, jurispr., p. 495, note G. CORNU ; T.G.I. Lille, 17 mai 1962, *D.*, 1963, somm., p. 10.

[250] D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », in *Rép. not.*, t. I, L. 9/1, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 106, n° 107.

[251] Mons, 27 juin 1989, *R.T.D.F.*, 1992, p. 263 ; Anvers, 1er février 1984, *R.T.D.F.*, 1984, p. 283.

[252] Bruxelles, 20 mai 1981, *Rev. not.*, 1982, p. 208, obs. F.L.

[253] Bruxelles, 22 janvier 1980, *R.T.D.F.*, 1981, p. 31.

[254] Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 343-344, n° 327 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 731-733, n^{os} 584-585.

[255] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 733, n° 585.

[256] Voy. not. sur cette question : D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », in *Rép. not.*, t. I, L. 9/1, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 105, n° 107 ; J.-P. MASSON, « L'annulation du mariage – Législation, doctrine, jurisprudence », in *Démariage et coparentalité*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 185-186 ; R. DERINE, « Het dwalingsgebrek in de toestemming tot het huwelijk », *R.W.*, 1955-1956, col. 1326-1330.

[257] Voy. not. à ce sujet : H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers – Cambrigde, Intersentia, 2012, pp. 151-152, n° 271 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 365, n° 621 ; M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés », in *Rép. not.*, t. XII, L. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 75, n° 43-1 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 41, n° 11.

[258] J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 365, n° 621 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 41, n° 11.

[259] Voy. le libellé de l'article 4:1, alinéa 3, du Code des sociétés et des associations : « A moins qu'il n'en soit convenu autrement, [la société simple] est conclue en considération de la personne des associés ». Cons. not. sur

participation ou même momentanée[260] ; de même, il se peut que la méprise porte sur les gérants ou sur les administrateurs d'une société de personnes personnalisée, telle que la SPRL[261].

Il faut concéder qu'il existe peu d'exemples concrets d'erreur sur la personne des associés. Ce constat s'explique sans doute par le fait qu'ils se connaissent souvent et qu'ils se renseignent donc sur leurs qualités respectives avant de s'engager[262]. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 16 mars 1988 l'illustre[263]. Un associé d'une société civile alléguait l'erreur sur les compétences de son futur partenaire – un notaire – lors de la constitution de la société. La Cour a rejeté cette demande. Elle a considéré que si « [l']insuffisance professionnelle est parfaitement et objectivement caractérisée, encore faut-il que l'associé n'ait pu connaître en temps utile la personnalité de son futur associé et que l'eût-il connue, il n'aurait pas contracté »[264]. En conclusion, « Tel n'est pas le cas lorsque le candidat à l'achat, nullement profane en la matière puisqu'il avait déjà effectué des stages en sept études, a séjourné plusieurs mois dans celle de son futur associé avant de signer, ce qui lui a permis d'apprécier son fonctionnement, son rendement financier et, partant, les qualités du titulaire »[265].

En outre, l'article 1110, alinéa 2, du Code civil ne se limite pas aux individus qui composent la personne morale, c'est-à-dire aux associés, aux gérants ou aux agents d'exécution : l'erreur peut concerner les qualités de la personne morale, pour autant qu'elles aient déterminé *in concreto* le consentement de son cocontractant[266]. F. Mourlon Beernaert écrit dès lors qu'il parait possible « d'aborder la thématique des contrats conclus *intuitu personae* avec une société (comme pour ceux conclus avec une personne physique), puisqu'elle dispose aussi, en tant que personne morale, tout comme une personne physique, bien entendu *mutatis mutandis*, d'une identité qui lui est propre, indépendamment des personnes qui la composent »[267]. Par exemple, la réputation, la solvabilité, l'expertise ou la nationalité font souvent partie des qualités considérées comme propres aux personnes morales[268] ; les particularités de leur objet statuaire peuvent aussi constituer des caractéristiques propres[269].

---

le caractère *intuitu personae* de la société simple : F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, pp. 949-950, n^os^ 18-19.

[260] Voy. not. sur l'importance de l'*intuitus personae* dans ces anciennes sociétés non personnalisées : F. MAGNUS, « La société de droit commun », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/1, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 86, n° 98 ; D.-B. FLOOR, « La société momentanée », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 55, n° 12 ; V. SIMONART, « Le retrait d'un associé d'une association momentanée pluripartite », *D.A.O.R.*, 1990, pp. 9-10, n^os^ 1-2.

[261] H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers – Cambrigde, Intersentia, 2012, p. 151, n° 271.

[262] Voy. pour ce constat en droit belge : M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés », in *Rép. not.*, t. XII, L. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 75, n° 43-1.

[263] Versailles, 16 mars 1988, *D.*, 1988, inf. rap., p. 176. Voy. pour une autre hypothèse de rejet en droit belge : Comm. Bruxelles, 28 novembre 1900, *R.P.S.*, 1901, p. 78.

[264] *Ibidem*.

[265] *Ibidem.*

[266] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 37.

[267] *Ibidem*, p. 281, n° 30.

[268] Voy. not. : F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 37 ; Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 26 ; C. PIETRO, *La société contractante*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1994, pp. 413-415, n^os^ 683-686.

[269] C. PIETRO, *La société contractante*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1994, pp. 421-422, n^os^ 701-704.

Dans cette situation, certains parlent d'*intuitus firmae*[270] ou d'*intuitus societatis*[271] plutôt que d'*intuitus personae*. Ce glissement sémantique n'a pas d'impact sur le régime de l'erreur[272].

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 février 1989 montre un cas d'erreur sur les qualités d'une personne morale[273]. Une caution avait contracté avec une banque sous la condition que le débiteur principal constitue un nantissement en sa faveur. Cependant, la banque ne fait pas procéder à l'inscription du gage. La caution réclame alors la nullité afin de se dégager de la garantie. Dans ce contexte, la Cour a décidé « Une caution commet une erreur invincible sur les qualités professionnelles d'une banque créancière, et son engagement est donc nul, dès lors qu'elle s'est engagée à la condition principale qu'un nantissement bénéficierait à la banque et que cette dernière, par sa faute, en ne procédant pas à l'inscription dans les conditions permettant la réalisation effective de ce nantissement, a rendu cette sûreté illusoire »[274].

B. L'erreur sur la personne d'un tiers à la convention

43. Position de la question. – Plusieurs juridictions ont consacré l'existence de l'erreur sur la personne d'un tiers dans le contrat d'arbitrage[275], dans le contrat de cautionnement[276] et dans le contrat d'assurance[277]. Les fondements d'une telle méprise posent question (*supra*, n° 32).

En effet, l'article 1110, alinéa 2, du Code civil limite l'*error in persona* à la personne avec qui « on a [l']intention de contracter » ou, autrement dit, au cocontractant. Malgré cet écueil, certains magistrats ont fait usage de cette disposition afin résoudre un litige qui portait sur pareille erreur. Un arrêt de la Cour de cassation française du 19 novembre 2003 le démontre[278]. Le 23 août 1991, une société avait cautionné le prêt d'un commerçant destiné à l'acquisition d'un fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie. Le commerçant fut radié du registre du commerce avec effet rétroactif au 1er juillet 1991. Afin de ne pas intervenir, la caution plaida l'erreur sur la base des articles 1110, alinéa 2 et 1131 du Code civil : elle avait cautionné, envers la banque, la dette d'un commerçant et non d'un particulier ; la rétroactivité de la radiation avait provoqué une erreur sur une qualité déterminante du débiteur principal. *In*

---

[270] A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 54-55, n° 31 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149, n° 70 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 93, n° 68 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 291, n° 428

[271] Voy. not. : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 201-207, nos 361-372 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 168, n° 239 ; C. PIETRO, *La société contractante*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1994, pp. 413-415, nos 683-686.

[272] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 961, n° 1184. De façon moins convaincante, F. Mourlon Beernaert estime tout de même que « L'annulation en cas d'erreur pour un contrat dit *intuitu firmae* ne sera pas admise si la société qui a conclu est en mesure d'exécuter le contrat » (F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 30). Cet auteur ne justifie pas cette idée et il ne donne aucun exemple.

[273] Paris, 15 février 1989, *D.*, 1989, inf. rap., p. 95.

[274] *Ibidem.*

[275] Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.

[276] Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET ; Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149 ; Cass. fr. com., 11 janvier 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, n° 15 ; Cass. fr. 1re civ., 11 décembre 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 286 ; Cass. fr. 1re civ., 19 mars 1985, *Bull. civ.*, 1985, I, n° 98, *J.C.P.*, 1986 II, 20659, note P. BOUTEILLER ; Cass. fr. 1re civ., 25 octobre 1977, *Bull. civ.*, 1977, I, n° 388 ; Cass. fr. 1re civ., 1er mars 1972, *Bull. civ.*, 1972, I, n° 70 ; Cass. fr. 1re civ., 27 juin 1973, *D.*, 1793, jurispr., p. 733, note Ph. MALAURIE.

[277] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

[278] Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET.

casu, la Cour de cassation a fait droit à cette opinion, en décidant que « c'est sur le fondement de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil que la Cour d'appel a retenu l'existence d'une erreur commune aux parties lors de la conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, à savoir son interdiction d'exercer une activité commerciale, et décidé que son consentement avait été vicié »[279]. La Cour suprême confirme ainsi sa décision du 1er octobre 2002 où elle avait admis l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal[280].

En revanche, à l'inverse, d'autres juridictions ont refusé de reconnaitre l'erreur sur la personne d'un tiers à la convention en raison du texte de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. Une décision du Tribunal de commerce de Bruxelles du 17 juin 2013 l'illustre[281]. Deux époux ont souscrit une assurance vie auprès d'un assureur par l'intermédiaire de la société B&P. À la suite d'une diminution constante de sa valeur, les époux demandent l'annulation de la police d'assurance sur la base de l'erreur sur la personne de B&P. Selon eux, cette dernière ne possédait pas l'agrément requis par une ancienne loi du 6 avril 1995 afin de prodiguer des conseils d'investissement[282]. En l'espèce, le Tribunal a constaté que l'agrément faisait défaut et que les époux pouvaient le considérer comme déterminant de leur consentement. Toutefois, il a rejeté l'erreur, au motif que « B&P étant tiers par rapport au contrat d'assurance vie litigieux, l'éventuelle erreur commise sur les qualités de ce tiers ne constitue cependant pas une erreur sur les qualités et caractéristiques essentielles d'une partie contractante »[283].

44. Erreur sur le mobile déterminant comme fondement de l'erreur sur la personne d'un tiers. – Plusieurs auteurs français ont réfléchi au fondement de l'erreur sur la personne d'un tiers au contrat : d'un côté, certains pensent qu'il faut admettre une exception au libellé de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil[284] ; d'autres estiment, d'un autre côté, que cette erreur constitue une application de l'article 1110, alinéa 1re, du Code civil[285] ; enfin, une dernière tendance y voit un cas d'erreur sur l'un des motifs déterminants de l'engagement de l'*errans*[286].

Nous souscrivons à la dernière tendance. Dans cet ordre d'idées, s'agissant de l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, c'est donc à bon droit que Ph. Simler écrit « [qu'il] n'est donc pas possible de raisonner en termes d'erreur sur la personne, puisque celle dont il s'agit est tiers au contrat de cautionnement proprement dit. Cette erreur, portant sur une donnée extrinsèque au contrat, ne peut être qu'une erreur sur un des motifs de l'engagement »[287].

---

[279] *Ibidem*.
[280] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149.
[281] Comm. Bruxelles, 17 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, 15032, note S. SAHLI.
[282] Voy. l'ancien article 45, 11° de la Loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement, *M.B.*, 3 juin 1995.
[283] Comm. Bruxelles, 17 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, 15032, note S. SAHLI.
[284] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 242, n° 499, spéc. note n° 15 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 247, n° 219, spéc. note n° 1 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 189, n° 201 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, P.U.F., 2008, p. 308, n° 131.
[285] F. GARRON, « L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat », *R.L.D.C.*, 2004, pp. 74-82, spéc. pp. 76-77 ; B. PETIT, « Erreur », in *J.-Cl. Code civil*, vol. Art. 1002 à 1126 à 1130, Paris, Litec, 1998, fasc. 3-3, p. 8, n° 23.
[286] Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, p. 146, n° 136.
[287] *Ibidem.*

En droit belge, l'erreur sur le motif – ou mobile – déterminant correspond à une erreur sur la cause de l'engagement. Encore faut-il comprendre les nuances de cette condition de validité des actes juridiques. Les arrêts de la Cour de cassation du 12 décembre 2008[288], du 14 mars 2008[289], du 21 décembre 2000[290] ont balisé les contours de cette notion en droit belge.

L'erreur sur le mobile déterminant ne concerne pas la *conception objective* de la cause. Dans cette perspective, la cause consiste dans la raison immédiate pour laquelle une partie s'engage, sans égard aux autres mobiles qui ont pu déterminer son engagement. Pour les conventions synallagmatiques, la cause objective s'identifie, selon une doctrine classique, à la prestation que doit fournir l'autre partie. De la sorte, d'aucuns écrivent en général que cette cause « contrepartie » s'assimile à l'objet des obligations qui incombent au cocontractant. Par exemple, la cause objective du paiement du loyer par le locataire trouve son origine dans la prestation principale et corrélative de son bailleur, à savoir la mise à disposition du bien loué[291].

Mais, dans un autre sens, la notion de mobile déterminant renvoie à la *conception subjective* de la cause. Dans cette logique, la cause repose sur les objectifs qui justifient l'engagement d'une partie, au-delà de la contrepartie que l'autre doit lui fournir. Cette acception de la cause correspond, sur un plan subjectif, aux mobiles déterminants qui ont poussé les parties à contracter et qui ont pénétré le champ contractuel[292]. En outre, pour qu'un mobile intègre le champ contractuel, il faut démontrer qu'il était connu de l'autre partie ou à tout le moins que cette dernière ne pouvait l'ignorer[293]. Par exemple, si une personne décide de louer une maison à l'étranger du fait de son engagement dans une société nouvelle[294], elle pourra ériger cet élément en mobile déterminant si elle en fait expressément part à son bailleur.

En conclusion, il nous semble que l'erreur sur le mobile déterminant consiste donc en une méprise sur la cause subjective de l'engagement de l'*errans*.

45. Régime de l'erreur sur la personne d'un tiers au contrat en droit belge. – Selon l'article 1131 du Code civil, « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une

---

[288] Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934.
[289] Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 710.
[290] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.
[291] P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 85, n° 72. Voy. not. sur la notion de cause objective : P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 47, n° 5 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 324, n° 393 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 283, n° 296 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 102, n° 141 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 96, n° 9.
[292] Voy. not. sur la notion de cause subjective : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 328, n° 195 ; S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, p. 369, n° 18 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 283-284, n° 296 ; A. DE BOECK, « Oorzaak », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2010, p. 9, nos 13-14.
[293] P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 48-49, n° 9 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 337, n° 200.
[294] P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 70, n° 35.

cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Une partie de la doctrine pense que le fondement de l'erreur sur le mobile déterminant ressortit de cette disposition. De la sorte, vu le libellé de cet article, certains estiment que la condition d'excusabilité ne s'applique pas à cette méprise[295].

La Cour de cassation a désapprouvé cette opinion. En effet, lors d'une décision du 14 janvier 2013, la Haute juridiction a décidé que « L'article 1110, alinéa 1er, du Code civil dispose que l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. […] La convention dont le motif déterminant est fondé sur une représentation involontairement erronée de la réalité n'est pas une convention dénuée de cause ou fondée sur une cause erronée, mais une convention dont le consentement est entaché d'erreur. L'erreur n'est une cause de nullité que si elle est excusable »[296]. La Cour rejoint une tendance jurisprudentielle qui interprète extensivement l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil pour calquer le régime de l'erreur sur le mobile déterminant sur celui de l'erreur substantielle[297] ; de ce fait, elle assujettit l'erreur sur le mobile à la condition d'excusabilité.

Dans ce cadre, il reste à déterminer le champ d'application de l'article 1131 du Code civil. Cette disposition doit constituer le fondement d'une autre catégorie d'erreur sur la cause sous peine de ne plus revêtir aucune utilité. La doctrine a débattu sur cette question sans arriver à un consensus[298]. Ainsi, M. Coipel fournit une piste de réponse, lorsqu'il écrit que « la distinction entre les articles 1110 et 1131 [du Code civil] entraîne une distinction entre deux types d'erreur : l'erreur sur l'existence de la cause qui révèle simplement l'absence de cause de l'article 1131 ; l'erreur-vice du consentement, erreur sur la substance, qui intervient lorsque l'acte a une cause et qui entraîne l'application de l'article 1110 »[299]. Cet auteur ajoute que l'absence de cause renvoie à une « analyse objective de la *spécificité* de l'acte. Dans les contrats

[295] Voy. not. R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 38-39, n° 19 ; M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », obs. sous Cass. 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 210, n° 8.
[296] Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70, spéc. p. 71.
[297] P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 354, n° 17. Cette tendance se remarque encore en droit du travail dans des espèces étrangères à l'erreur sur la personne. Il arrive régulièrement que les cours et tribunaux appréhendent l'erreur sur le mobile déterminant sur la base de l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil (C.T. Liège, 10 février 2009, *Ors.*, 2009, n° 5, p. 26 ; C.T. Liège, 14 février 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 504 ; C.T. Liège, 6 décembre 2005, *Chron. D.S.*, 2007, p. 413 ; Bruxelles, 30 janvier 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 27). Toutefois, il apparait que cette solution ne fait pas l'unanimité. Certaines juridictions analysent l'erreur sur le mobile déterminant sans se référer à l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil (Mons, 19 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1301), tandis que d'autres se fondent parfois explicitement sur l'article 1131 du même code (C.T. Liège, 12 mai 2005, *R.R.D.*, 2006, p. 174).
[298] Voy. sur ce débat : R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 35-39, n° 19 ; S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 355-381, nos 5-29 ; A. PÜTZ, « La "cause" des actes juridiques et plus particulièrement des reconnaissances de dettes », obs. sous Mons 25 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 524-525, n° 4 ; S. RUTTEN, « Dwaling m.b.t. de oorzaak: zelfstandige rechtsfiguur of *fata morgana*? », obs. sous Bruxelles 30 janvier 2001, *R.W.*, 2001-2002, pp. 30-31, nos 5-6 ; M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », obs. sous Cass. 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 207-210, nos 5-9.
[299] M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », obs. sous Cass. 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 209-210, n° 8.

à titre onéreux, c'est l'*équivalent voulu*, la *contrepartie* »[300]. L'absence de cause renverrait donc à l'erreur sur le fondement objectif de l'acte, c'est-à-dire à l'erreur sur sa cause objective[301].

En définitive, il apparait qu'il faut – étonnamment – se référer à l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil afin de résoudre un litige d'erreur sur la personne d'un tiers à la convention. L'opinion défendue par certains auteurs français, pour qui une telle méprise se conçoit à l'aune de l'erreur sur la substance, ne pourrait donc pas encourir la critique en droit belge[302].

46. Abstraction du cautionnement et erreur sur la solvabilité du débiteur principal. – La méprise de la caution sur la solvabilité du débiteur principal représente l'une des principales applications de l'erreur sur la personne d'un tiers à la convention (*supra*, nos 32 et 43).

Toutefois, selon certains auteurs, le concept de l'abstraction ferait obstacle à la reconnaissance d'une telle erreur dans le chef de la caution, à défaut d'une cause *ad hoc*[303]. Pour S. Velu, « sauf stipulation en ce sens, il n'est pas possible d'admettre que l'intention commune des parties et en particulier la volonté du créancier aient été de subordonner l'engagement de la caution à l'existence et au maintien des relations de la caution avec le débiteur principal […] Cette sûreté personnelle perdrait en effet toute efficacité – et rapidement tout crédit auprès des banques – s'il venait à être admis que le créancier peut voir son action contre la caution paralysée par n'importe quelle exception déduite de rapports auxquels il est entièrement étranger et qui, par conséquent, échappent absolument à son contrôle »[304].

Nous rejoignons partiellement cette opinion. Il convient de rappeler que l'abstraction constitue un mécanisme à la portée variable qui se retrouve notamment dans la lettre de change[305], dans la garantie à la première demande[306], dans le crédit documentaire irrévocable[307] ou encore dans le cautionnement[308]. S'agissant de ce dernier contrat, l'abstraction signifie que la caution ne peut opposer les exceptions déduites de son rapport avec le débiteur au créancier ; la caution peut, à l'inverse, opposer les exceptions résultant du contrat garanti au créancier[309].

Dans cette logique, le juge ne peut effectivement pas présumer que la solvabilité du débiteur principal forme un élément *normalement déterminant* du consentement de la caution :

---

[300] *Ibidem*, p. 208, n° 6. Voy. dans un sens similaire : A. PÜTZ, « La "cause" des actes juridiques et plus particulièrement des reconnaissances de dettes », obs. sous Mons 25 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 525, n° 4.2.

[301] Il existe d'autres solutions, telles que le fait de soumettre l'erreur sur la fausse cause à la condition d'excusabilité (R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 38-39, n° 19).

[302] F. GARRON, « L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat », *R.I.D.C.*, 2004, pp. 74-82, spéc. pp. 76-77 ; B. PETIT, « Erreur », in *J.-Cl. Code civil*, vol. Art. 1002 à 1126 à 1130, Paris, Litec, 1998, fasc. 3-3, p. 8, n° 23.

[303] P.A. FORIERS, « Le cautionnement et la responsabilité du donneur de crédit », obs. sous Bruxelles 27 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, pp. 282-283 ; S. VELU, « La libération de la caution à l'égard du créancier sur base d'exceptions », obs. sous Bruxelles 16 juin 1975, *Rev. de la banque*, 1976, pp. 313-317.

[304] S. VELU, « La libération de la caution à l'égard du créancier sur base d'exceptions », obs. sous Bruxelles 16 juin 1975, *Rev. de la banque*, 1976, p. 319, n° 7.

[305] Cass., 26 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 334 ; Cass., 22 janvier 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 424.

[306] Bruxelles, 18 décembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 358.

[307] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 353, n° 212.

[308] Bruxelles, 27 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, p. 268, note P.A. FORIERS.

[309] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 347, n° 207 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 466, n° 602.

la couverture de l'insolvabilité de ce débiteur constitue même la finalité du cautionnement[310]. Par une décision du 1er avril 1988, le Tribunal de première instance de Namur a rappelé à juste titre que c'est « à la caution qu'il appartient de vérifier la solvabilité du débiteur principal ; qu'elle doit d'ailleurs être d'autant plus prudente que par hypothèse, c'est en raison du doute qui pèse sur la solvabilité du débiteur principal que le créancier sollicite une caution »[311].

De la sorte, l'erreur ne s'envisage que lorsque la caution a concrètement érigé la solvabilité du débiteur principal en élément déterminant de son engagement. La caution fait alors de cette qualité une exception issue du contrat qu'elle a conclu avec le créancier et non du rapport qu'elle entretient avec le débiteur principal. Cependant, à notre sens, rien ne justifie de limiter ce raisonnement à une clause contractuelle expresse : la solvabilité peut tacitement intégrer le périmètre contractuel comme, par exemple, avec une demande de renseignement de la caution. C'est pour cette raison que la Cour de cassation française a admis l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal dès lors que la caution en fait une *condition tacite* de la garantie souscrite avec le créancier[312]. Pour Ph. Simler, en effet, « Si c'est la preuve d'une condition tacite qui est attendue, il faut observer que cette preuve n'est autre chose que le caractère déterminant de l'erreur commise : l'erreur est précisément déterminante lorsque le fait erroné a été, dans l'esprit de la victime de l'erreur, une condition déterminante de l'engagement »[313].

§2. – Caractère déterminant de l'erreur sur la personne

47. Appréciation souveraine du juge du fond. – À l'instar des principes admis pour l'erreur sur la substance, les cours et tribunaux apprécient souverainement si la personne d'une partie ou si l'une de ses qualités constitue l'élément déterminant du consentement de l'autre[314].

La Cour de cassation a consacré cette opinion dans un arrêt du 24 mai 1878[315]. Cette affaire concerne une action pour cause d'erreur sur les qualités d'un cessionnaire de parts d'une société. *In casu*, la Cour a décidé « [qu'attendu] qu'en refusant, *ensuite de cette appréciation souveraine*, de prononcer la résiliation [lire : la nullité] du contrat social par application des articles 1110 et 1116 du Code civil, l'arrêt attaqué n'a pu contrevenir à ces textes »[316]. Pour Bigot-Préameneu, afin qu'il y ait erreur sur la personne, il faut donc « que la considération de cette personne ait été la cause principale de la convention : en un mot, il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur »[317].

En outre, en vertu des règles de l'erreur substantielle, il appartient à l'*errans* de démontrer le caractère déterminant de sa méprise[318]. Cette preuve peut ressortir *in concreto* de

---

[310] Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, pp. 146-147, n° 137.
[311] Civ. Namur, 1er avril 1988, *J.T.*, 1988, p. 410, spéc. p. 411.
[312] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149.
[313] Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, p. 148, n° 138.
[314] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp 254-256, n° 140 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 231-233, n° 231 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 80-81, n° 105.
[315] Cass., 24 mai 1878, *Pas.*, 1878, I, p. 274.
[316] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 275).
[317] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treutel et Würtz, 1828, p. 319, n° 10.
[318] Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 35.

l'examen des clauses de la convention, de documents échangés entre les parties[319], de l'interprétation de l'objet du contrat[320] ou de la finalité contractuelle[321] (*infra*, n[os] 48-51). Dans certains cas, le caractère déterminant se conçoit *in abstracto* à l'aune d'une présomption fondée sur la nature abstraite de la prestation d'une partie, de la loi ou des usages[322] (*infra*, n° 52).

48. Référence à la volonté expresse des cocontractants. – Les parties peuvent avoir précisé à l'avance si l'une d'elles ou si une de leurs qualités revêt un caractère déterminant[323].

En effet, un contrat peut contenir des clauses d'*intuitus personae* qui témoignent explicitement de l'importance déterminante d'un cocontractant ou de l'une de ses qualités.

Une stipulation peut donc énoncer que « le contrat est conclu en considération de la personne d'une des parties à la convention »[324]. Rien ne s'oppose à ce que le caractère déterminant réside aussi dans la personne d'un tiers. Dans un contrat conclu avec une société, il est possible qu'un actionnaire, qu'un dirigeant ou qu'un agent d'exécution de la société se trouve à la base de la considération de la personne : ainsi une clause de changement de contrôle peut-elle prévoir que « Le contrat est conclu dans un esprit d'*intuitus personae* entre X. et Y. La composition de l'actionnariat de Y. constitue une condition substantielle pour X… »[325].

S'agissant des qualités d'une partie, une clause contractuelle peut prescrire que « La partie X. conclut le présent contrat avec Y. sur la base de la confiance qu'elle a en sa capacité, en son implication et son honorabilité »[326] ; de même, dans une clause de changement de contrôle, les parties peuvent s'accorder sur le fait que « Le présent contrat est conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire en fonction des qualités de M. X. En conséquence, M. X, qui intervient alors à titre personnel, s'engage, pendant toute la durée du présent contrat, à détenir personnellement la majorité du capital de la société franchisée (au moins 51% des parts) … »[327].

---

[319] Trib. trav., 12 janvier 2004, Chron. *D.S.*, 2004, p. 485 ; Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.
[320] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jur. p. 403.
[321] Saint-Denis-la-Réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, E, 1990, 15835, obs. E. PUTMAN.
[322] Voy. not. pour la nature abstraite de la prestation : Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697.
[323] K. ANDRIES, « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 333-357. Voy. en droit français : P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaire*, J. MESTRE et J.-C. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, pp. 547-557 ; J. CALVO, « Les clauses d'*intuitus personae* dans les contrats commerciaux », *L.P.A.*, 5 juillet 1996, pp. 10-18 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, pp. 457-491.
[324] K. ANDRIES, « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 345. Voy. not. en droit français : P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, pp. 548-549, n° 975.
[325] P. BLANCHARD, « Les clauses de changement de contrôle, instrument de stabilisation et de sauvegarde », *R.D.A.I.*, 2006, p. 162. Cons. également pour d'autres exemples ainsi que pour le régime des clauses de changement de contrôle : H. DUBOUT, « Les clauses de changement de contrôle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, coll. « Feduci », Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 323-347.
[326] Voy. pour d'autres exemples de clauses en droit français : P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, p. 556, n° 989 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, pp. 457-457, nos 1185-1187 ; J. CALVO, « Les clauses d'*intuitus personae* dans les contrats commerciaux », *L.P.A.*, 5 juillet 1996, n° 81, p. 10, n° 1.1.1.
[327] Voy. not. pour cette clause et pour d'autres exemples du même acabit : P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 466, n° 1209.

49. Référence à la volonté tacite des cocontractants. – L'*errans* peut ériger tacitement la personne ou les qualités de son cocontractant en élément déterminant de son consentement. Dans un arrêt du 1er octobre 2002, la Cour de cassation française avait confirmé qu'une caution « avait [pu faire] de la solvabilité du débiteur principal la condition tacite de sa garantie »[328].

Ainsi, certains actes de l'*errans* peuvent démontrer de façon certaine et non équivoque qu'il a entendu élever une qualité au rang d'élément déterminant de son consentement.

Il nous semble que cette idée se conçoit notamment lorsque des *documents précontractuels* prouvent que l'*errans* s'est renseigné sur une qualité et qu'il n'aurait pas contracté sans elle. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 5 décembre 1994 l'illustre[329]. Des assureurs avaient accepté de couvrir le risque de malversation d'un gestionnaire de fonds après avoir pris des renseignements sur sa personnalité auprès du courtier de l'assuré. La Cour a constaté que le courtier avait remis une note aux assureurs « contenant e.a. des renseignements au sujet de l'avocat Rossignol, "assistant à l'ULB", décrivant celui-ci aussi comme le conseil de grandes sociétés belges et internationales, à la tête d'une association d'avocats, ayant +/- 48 millions de revenus par an »[330] ; les assureurs avaient aussi indiqué sur la fiche de la police qu'il s'agissait « [d'un] risque intéressant, ainsi qu'il apparaît dans l'annexe, Rossignol est un homme très fortuné et un personnage public »[331]. La Cour a fait droit à l'erreur sur les qualités du gestionnaire à la suite d'un détournement de fonds : elle a décidé, à ce sujet, que « *compte tenu de tous les préalables à la conclusion du contrat*, […] que l'erreur [des assureurs] a porté sur des éléments tels que la prétendue qualité de Rossignol de tuteur d'un mineur et la prétendue qualité d'avocat important et fortuné qui les [a] déterminées principalement à contracter »[332].

De surcroit, dans certaines circonstances, des *documents postérieurs à la conclusion* du contrat nous semblent pouvoir prouver que l'*errans* avait considéré une qualité comme déterminante au moment de l'échange des consentements des parties. Un jugement du Tribunal de travail de Bruxelles du 12 janvier 2004 fournit un exemple[333]. Dans cette affaire, une candidate à l'emploi avait cru traiter avec un courtier en assurances, alors qu'il s'agissait d'un simple indépendant sans agrément. Afin d'admettre le caractère déterminant de cette erreur, le Tribunal a d'abord constaté que les parties avaient signé leur contrat dans les locaux et en présence d'un véritable courtier, de sorte que la candidate à l'emploi avait pu croire que son cocontractant présentait aussi cette qualité. Ensuite, selon la juridiction, « Les termes de la lettre de démission relèvent la confusion qui s'est produite dans l'esprit de Madame D. : elle écrit à AGRM, Boulevard L., c'est-à-dire à l'adresse du bureau de courtage, et s'adresse à M. V.,

[328] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *J.C.P.*, G, 2003, I, 124, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE. Avant cet arrêt, la Cour de cassation française rejetait le fait que la caution puisse faire de la solvabilité du débiteur principal une condition tacite de son engagement. Ce rejet provenait tant de la chambre commerciale que de la première chambre civile. Voy. not. : Cass. fr. com., 11 janvier 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, n° 15 ; Cass. fr. 1re civ., 11 décembre 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 286 ; Cass. fr. com., 11 février 1986, *D.*, 1987, somm. com., p. 446, note L. AYNÈS ; Cass. fr. 1re civ., 19 mars 1985, *J.C.P.*, 1986, II, 20659, note P. BOUTEILLER, *Bull. civ.*, 1985, I, n° 98.
[329] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.
[330] *Ibidem.*
[331] *Ibidem.*
[332] Nous soulignons. Voy. Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.
[333] Trib. trav., 12 janvier 2004, Chron. *D.S.*, 2004, p. 485.

considérant manifestement qu'il représente ce bureau »[334]. De ce fait, le Tribunal a conclu que la qualité de courtier constituait bien un élément essentiel du consentement de Madame D.[335].

50. Référence à l'objet concret des obligations d'une partie. – La référence à l'objet concret des obligations du cocontractant de l'*errans* peut aider à déterminer si ce dernier a entendu élever la personne ou l'une des qualités de son partenaire au rang d'élément déterminant. Selon G. Kostic, certaines obligations supposent ainsi « que le cocontractant possède certaines qualités garantissant leur bonne exécution. Leur objet contient, sans que les parties aient à s'exprimer à leur sujet, une référence implicite à l'existence de ces qualités »[336].

Cette opinion mérite l'approbation. Certains auteurs soulignent effectivement que l'objet d'une obligation contractuelle revêt une composante concrète dont il faut tenir compte : sa portée exacte dépend régulièrement, en pratique, de la manière dont les parties l'ont libellé[337]. De la sorte, l'examen des particularités de l'objet des obligations d'un cocontractant peut révéler les qualités qui s'avèrent *in concreto* indispensables à leur bonne exécution et qui, de la sorte, constituent implicitement un élément déterminant du consentement de l'*errans*[338].

Dans ce cadre, les qualités d'une partie peuvent être concrètement déterminantes du consentement de l'*errans*, même si le contrat n'a pas un caractère *intuitu personae* par nature. Un arrêt de la Cour de cassation française du 20 mars 1963 illustre ces propos[339]. Cette affaire concerne la vente d'un château assorti d'un domaine. L'acheteur venait de se voir confisquer ses biens au moment de la conclusion de la convention. Il était donc insolvable à cet instant. Le vendeur plaida alors la nullité pour cause d'erreur sur la solvabilité de son acheteur. La Cour de cassation a fait droit à ce point de vue compte tenu de l'importance du prix de la vente. Selon elle, « si l'erreur sur la personne du cocontractant n'est pas en principe une cause de nullité, il peut en être autrement lorsque la considération de cette personne a été la cause principale de la convention ; que la cour d'appel a usé à cet égard de son pouvoir souverain d'appréciation lorsqu'après avoir relevé qu'"en *vendant pour l'importante somme de 47 000 000 AF* un château et un domaine, [le vendeur] n'avait voulu traiter qu'avec un acheteur libre de ses droits, juridiquement capable de s'acquitter de ce prix par un paiement opposable à tous »[340].

Les particularités de l'objet des obligations du cocontractant permettent aussi de préciser *exactement* les qualités que l'*errans* avait – ou non – en vue dans les contrats *intuitu personae* par nature. Un arrêt de la Cour de cassation française du 17 janvier 1911 en témoigne[341]. Un employeur alléguait l'erreur sur l'identité de l'un de ses ouvriers qui avait involontairement produit les papiers d'un tiers lors de son entretien d'embauche. La Cour de cassation a rejeté

---

[334] *Ibidem*, spéc. p. 486.
[335] *Ibidem*. En l'espèce, le Tribunal n'a pas retenu le dol, car le courtier croyait de bonne foi qu'il pouvait se présenter comme un véritable courtier. Voy. Trib. trav., 12 janvier 2004, Chron. *D.S.*, 2004, spéc. p. 486, n° 1.2.2.
[336] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 257, n° 376.
[337] Voy. not. en doctrine belge : P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 236-237, n^{os} 8-9 ; R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 162-163, n° 16.
[338] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 35 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 257, n° 376.
[339] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN.
[340] Nous soulignons (*ibidem*).
[341] Cass. fr. req., 17 janvier 1911, *D.P.*, 1911, V, p. 61.

cette prétention à la lumière de l'examen des obligations de cet ouvrier : son travail consistait à charger et décharger des wagons en l'espèce. Partant, selon la Cour, « un contrat de louage d'ouvrage n'est pas nul, bien que l'ouvrier ait induit le patron en erreur sur son identité en produisant les papiers d'un tiers, quand il y a lieu de penser que, s'il avait produit ses propres pièces (qu'il n'avait pas alors en sa possession), il aurait été embauché sans difficulté »[342].

51. Référence complémentaire à la finalité contractuelle. – Concernant l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil, la Cour de cassation a déjà eu recours à la finalité contractuelle poursuivie par les cocontractants afin de jauger le caractère déterminant de la méprise. Par un arrêt du 27 octobre 1995, la Cour a effectivement confirmé que l'erreur pouvait se déduire du fait que « l'objet du contrat de vente n'était pas apte à réaliser la fin poursuivie par le premier défendeur »[343]. Certains y voient la consécration de l'appréciation fonctionnelle de l'erreur[344].

Si la référence à la finalité contractuelle se conçoit pour apprécier le caractère déterminant de l'erreur sur la personne, encore faut-il saisir cette idée à sa juste mesure[345].

L'examen du but contractuel se comprend à la lumière d'une vision élargie de l'objet de l'obligation : son étendue se définit à la lumière de la volonté commune des parties, dont la portée exacte résulte souvent de l'analyse de leurs attentes, c'est-à-dire de l'objectif qu'elles poursuivent[346]. Selon nous, la finalité contractuelle revêt donc un rôle complémentaire à l'interprétation de l'objet des obligations contractuelles[347] ; elle se déduit, en principe, *in concreto* des différents éléments du contrat dont elle précise le sens sans en modifier les termes.

Ces propos permettent de comprendre pourquoi une erreur sur la personne se rencontre en pratique lorsque l'*errans* a comme objectif de contracter avec un cocontractant réputé ou expérimenté alors qu'il ne s'agit pas du cas. Un arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis-la-Réunion du 6 octobre 1989 l'illustre implicitement[348]. Un syndicat avait conclu un contrat avec une personne morale – l'agence « Flash 3 » – spécialisée dans la rédaction et la création de magazines par l'intermédiaire de sa représentante. Toutefois, l'agence n'existait pas et la représentante était une simple personne physique qui n'avait jamais exercé une activité d'écrivain et de rédactrice. Le syndicat plaidait donc l'erreur sur la personne de cette représentante qu'il ne jugeait pas apte à créer et à rédiger le magazine, à défaut d'avoir l'expérience nécessaire et une société dotée de collaborateurs afin d'atteindre cet objectif. La Cour d'appel a fait droit à cette demande : selon elle, « la qualification d'agence sous entend[ait] l'existence d'un nom commercial sous lequel exerce le commerçant alors qu'en

---

[342] *Ibidem.*

[343] Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 950, spéc. p. 952.

[344] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 254, n° 140 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 355-356, n° 18.

[345] Voy. not. sur les liens entre l'erreur, les risques et la finalité contractuelle en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 65 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 224-225, nos 400-403.

[346] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 165, n° 16. Voy. en droit français : A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 145, n° 257.

[347] Voy. not. à cet égard : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 165, n° 16.

[348] Saint-Denis-la-Réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, E, 1990, 15835, obs. E. PUTMAN.

réalité il s'agissait d'un début de l'activité professionnelle physique et non commerçante »[349]. De ce fait, la Cour conclut « [qu'au] terme des éléments du dossier il apparaît que l'intention du [syndicat] était de contracter avec une agence commerciale d'expérience et non une personne physique. Par suite il y a lieu à l'application des articles 1109 et 1110 du Code civil »[350].

52. Référence à la nature abstraite de la prestation, de la loi et des usages. – Selon une partie de la doctrine belge et française, il convient également d'avoir égard à des modes d'appréciation objectifs du caractère déterminant de l'erreur[351] : les juridictions présument parfois qu'une qualité présente un caractère essentiel aux yeux de l'*errans*. Dans ce cas de figure, cette partie ne doit pas prouver concrètement le caractère déterminant de sa méprise[352].

Dans cette perspective, P. Van Ommeslaghe a notamment écrit que « La qualité substantielle de la chose doit être appréciée en principe selon les caractéristiques objectives de cette chose dans l'opinion commune »[353] ; de même, selon H. De Page, la référence à l'opinion commune revient à reconnaitre des « "qualités substantielles objectives", c'est-à-dire déterminées par un état de mœurs unanimement admis, par un état de civilisation »[354]. Ces propos ne brillent pas par leur clarté : une partie de la doctrine française a souligné que la référence à l'opinion commune revenait à se fonder sur un raisonnement sociologique imprécis à défaut de statistiques ; une telle méthode repose donc sur une part de jugement personnel[355].

En conséquence, il nous semble qu'une telle présomption d'*intuitus personae* ne se conçoit que lorsque la nature abstraite de la prestation, la loi ou un usage impose la présence d'une qualité afin d'exécuter les obligations contractuelles qui incombent à un cocontractant.

1° Certains auteurs se fondent *in abstracto* sur la nature de la convention – c'est-à-dire sans examen concret de la volonté des parties – afin de présumer le caractère déterminant d'une caractéristique de la chose lors de la survenance d'une erreur sur la substance[356]. À notre sens, cette idée s'applique à l'*error in persona* sous l'angle de la *nature de la prestation*.

En effet, dans certaines situations, le corps d'une partie constitue par définition l'objet de ses obligations : il s'agit du cas dans les contrats qui portent sur la personne des mannequins,

---

[349] *Ibidem*.
[350] *Ibidem.*
[351] D. PHILIPPE, « À propos de la substance de l'erreur », obs. sous Cass. 24 septembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 221, n° 2.2.3.2. ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, pp. 984-985, n° 1205 ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 114, n° 153 ; B. PETIT, « Erreur », in *Juris-Classeur. Code civil*, *op. cit.*, 2005, pp. 8-9, nos 25-29.
[352] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 985, n° 1205 ; B. PETIT, « Erreur », in *J.-Cl. Code civil*, vol. Art. 1002 à 1126 à 1130, Paris, Litec, 1998, fasc. 3-3, p. 8, n° 27.
[353] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 254, n° 140 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 439, n° 7.
[354] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 733, n° 585.
[355] P. GUIHO, Obs. sous Paris 7 juin 1973 et T.G.I. Avranches 10 juillet 1973, *D.*, 1974, jurispr., p. 178 ; G. GOUBEAUX, Obs. sous Paris 7 juin 1973, *J.C.P.*, 1973, 17539 ; G. CORNU, Obs. sous Trib. Civ. Grenoble 13 mars et 20 novembre 1958, *D.*, 1959, jurispr., p. 496.
[356] Voy. not. : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 13, n° 14.

des chanteurs ou des acteurs[357]. Il existe alors une présomption d'*intuitus personae* puisqu'il est objectivement impossible d'exécuter la prestation qui incombe à cette partie sans elle ou sans ses qualités. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 mai 2014 illustre ce propos[358]. Une société de cosméto-textiles a contracté un contrat d'emploi avec un mannequin pour confectionner un ouvrage qui donnerait une image séduisante de ses produits. La société constate que le mannequin ne correspond pas aux photos remises avant la conclusion du contrat. Elle réclame alors la nullité. Selon la Cour d'appel de Paris, le Conseil des Prud'hommes a admis à bon droit l'erreur commise sur la personne du mannequin « *compte tenu de la nature du contrat et de la prestation* qui devait être accomplie par Mademoiselle […], *le contrat était nécessairement conclu intuitu personae* et ayant pour cause les qualités physiques et l'aspect général du corps de Mademoiselle […] tels qu'ils résulteraient des photos que l'employeur lui avait demandé de lui transmettre au mois d'août 2010 »[359]. Ainsi, la Cour conclut que « la différence entre les photos fournies par Mademoiselle […] et les photos réalisées le 6 décembre 2010 sont très importantes et donnent même l'impression de ne pas avoir été réalisées sur la même personne au niveau de la morphologie du corps, passant d'un corps de jeune femme au corps d'une femme plus mûre ayant perdu sa finesse et son absence d'imperfection »[360].

De même, il arrive que la bonne exécution de certaines obligations requière toujours la présence d'une qualité bien précise. Cette dernière revêt alors un caractère objectivement déterminant, parce qu'elle s'avère, en toute hypothèse, indispensable pour l'exécution de la prestation d'un cocontractant. Une décision de la Cour de cassation française du 13 avril 1972 le montre[361]. Cette affaire concerne un contrat d'arbitrage. Une partie avait sollicité les services d'un arbitre alors qu'il lui avait rendu une consultation dans le litige en question. La Cour d'appel avait admis l'erreur sur son impartialité sans rechercher si cette qualité avait déterminé *in concreto* le consentement de l'*errans* ; la Cour de cassation a rejeté le pourvoi pris contre cette décision, au motif que « la Cour d'appel observe à bon droit que l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres et que l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage et en entraine la nullité par application de l'art. 1110 C. civ. »[362].

2° Une présomption d'*intuitus personae* se déduit également au départ de dispositions légales qui imposent à un cocontractant de prendre en compte une qualité de l'autre partie.

Le domaine des crédits accordés aux consommateurs en témoigne. S'agissant du crédit à la consommation, l'article VII.77, §1er, alinéa 1er, du Code de droit économique précise que « Le prêteur procède, avant la conclusion du contrat de crédit, à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur et vérifie que le consommateur sera à même de respecter ses obligations de remboursement. Il procède également à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité

---

[357] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553 ; M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, p. 175, n° 286 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 126-127, nos 129-130.
[358] Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697.
[359] Nous soulignons (*ibidem*).
[360] *Ibidem*.
[361] Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT. Voy. not. dans le même sens : Cass. fr. 2e civ., 20 février 1974, *D.*, 1974, inf. rap., p. 109, *J.C.P.*, 1974, IV ; p. 123.
[362] Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT, spéc. p. 3.

des personnes qui ont constitué une sûreté personnelle ». L'article VII.133, §1er, du Code de droit économique impose la même obligation au prêteur ou à l'intermédiaire de crédit pour le crédit hypothécaire. Dans les deux cas, la solvabilité du consommateur constitue une qualité objectivement essentielle du contrat, puisque le prêteur doit impérativement y avoir égard[363].

Dans cette logique, rien ne s'oppose à ce que la personne ou qu'une qualité d'une partie apparaisse comme objectivement déterminante à la suite d'un usage. La doctrine rappelle souvent l'importance des usages en droit économique[364], comme, par exemple, dans le cadre de la distribution commerciale[365]. Toutefois, la jurisprudence n'offre pas d'exemple de ces propos.

§3. – Caractères commun et excusable de l'erreur sur la personne

53. Référence au droit commun de l'erreur sur la substance. – Selon les principes régissant l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil, l'*errans* ne peut se limiter à alléguer que son erreur a un caractère déterminant afin d'obtenir la nullité de la convention : d'un côté, il doit démontrer que sa méprise à un caractère commun (**A**) ; il doit prouver, d'un autre côté, qu'elle n'est pas inexcusable dans son chef ou, autrement dit, qu'elle a un caractère excusable (**B**).

A. Caractère commun de l'erreur sur la personne

54. Appréciation subjective et objective du caractère commun de l'erreur. – Dans une décision du 12 février 2015, la Cour de cassation a rappelé que « La substance même de la chose consiste en tout élément qui a déterminé une partie à conclure la convention, *que la partie cocontractante devait connaître* et sans lequel la convention n'aurait pas été conclue »[366]. Conformément à ces termes, la doctrine admet qu'une erreur doit revêtir un caractère commun pour emporter la nullité sur la base de l'article 1110 du Code civil : cette condition signifie qu'il appartient à l'*errans* de démontrer que la qualité qu'il avait en vue a pénétré le champ contractuel[367]. Il peut administrer cette preuve par une approche subjective ou objective[368].

---

[363] Voy. not., à cet égard, pour le crédit à la consommation : D. BLOMMAERT, F. BONNARENS et J. VANNEROM, « Totstandkoming van de kredietovereenkomst », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, Malines, Kluwer, 2016, Art. VII.69 WER, pp. 1-12. Voy. pour le crédit hypothécaire : S. DAVIDTS et B. CAULIER, « De la publicité à l'offre de crédit », in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, C. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 127-133, nos 17-28.

[364] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 631, n° 400. La preuve d'un usage peut être rapportée par un parère, qui se définit comme une attestation délivrée par des groupements professionnels ou par des entreprises commerciales notables (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 34-36, nos 20-21).

[365] Voy. not. : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 71-72, n° 75.

[366] Nous soulignons. Voy. à ce sujet : Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 35. Voy. dans le même sens : Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70 ; Cass., 24 septembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 216, note D. PHILIPPE.

[367] Voy. not. au sujet de cette condition à propos de l'erreur sur la substance : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 22-25, nos 29-32 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 37-38, n° 19 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 234-235, n° 233 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 80-81, n° 105 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 60-62, n° 46.

[368] Voy. sur cette présentation du caractère commun : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 22-25, nos 29-32 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 234-235, n° 233.

55. Appréciation subjective du périmètre contractuel. – L'entrée d'une qualité déterminante dans la sphère contractuelle peut s'apprécier subjectivement. Dans ce premier cas de figure, cette condition impose aux juridictions de vérifier *in concreto* si le cocontractant savait ou devait savoir qu'une qualité avait un aspect déterminant dans le chef de l'*errans*[369].

Selon nous, l'appréciation subjective du caractère commun de l'erreur ne pose pas de difficulté lorsque la convention comporte une clause d'*intuitus personae.* Une telle stipulation suffit à démontrer que le cocontractant de l'*errans* avait connaissance de la qualité déterminante litigieuse, étant donné qu'il l'a même acceptée dans cette hypothèse. Ainsi en est-il quand un contrat de distribution commerciale prévoit que « La présente convention a été établie en considération de la personne du (franchisé) dont les qualités personnelles ou sociales constituent pour le (franchiseur) une des raisons essentielles de la signature du présent contrat »[370].

Les cours et tribunaux peuvent aussi interpréter les termes du contrat afin de prouver que le cocontractant savait ou, à tout le moins, qu'il devait savoir que l'une de ses qualités avait un caractère déterminant aux yeux de l'*errans*[371]. Ce raisonnement explique pourquoi les juridictions apprécient parfois l'aspect commun de l'erreur sans le distinguer de son aspect déterminant : ces deux caractères ressortent de l'interprétation des mêmes éléments de la convention dans certains cas. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le caractère déterminant d'une qualité se fonde *in concreto* sur les particularités de l'objet des obligations d'une partie. Dans un arrêt du 20 mars 1963, la Cour de cassation française a considéré que la solvabilité d'un acheteur avait pu constituer une qualité déterminante du vendeur vu « l'importante somme de 47 000 000 AF » prévue pour l'achat d'un château[372]. Par identité de motifs, compte tenu de l'importance du prix convenu par les parties et donc de leur volonté commune, l'acheteur ne pouvait pas ignorer que sa solvabilité avait pénétré le champ contractuel dans cette affaire.

Enfin, il nous semble que les magistrats peuvent déduire le caractère commun de l'erreur au départ du comportement des parties et des documents qu'elles ont échangés. Cette idée se conçoit quand l'*errans* se renseigne sur les qualités qui ne paraissent pas déterminantes à l'aune des termes de l'acte, de l'objet concret des obligations, de la finalité contractuelle ou de la nature abstraite de la prestation de son cocontractant[373]. La décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 5 décembre 1994 fournit un exemple[374]. Un assureur anglais et sa filiale belge avaient assuré les malversations d'un gestionnaire de fonds après avoir pris des renseignements sur ses qualités auprès du mandataire de l'assuré : ce dernier lui avait remis une note qui louait la réputation et la solvabilité du gestionnaire. L'assureur plaida ainsi l'erreur sur ses qualités à la suite du détournement des fonds couverts. Selon la Cour, l'assuré connaissait l'importance des qualités du gestionnaire, dès lors qu'il « n'est pas contestable que la police d'assurance a été émise par les appelantes [*i.e.* les assureurs] sur base des informations fournies par Fenchurch

---

[369] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 234, n° 233.
[370] P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, p. 556, n° 987.
[371] Voy. not. sur la notion de volonté commune des parties : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 606-607, n° 383 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 397, n° 418.
[372] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jur. p. 403.
[373] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 23-24, n° 31 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 234-235, n° 233.
[374] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

International à Londres transmises par Fenchurch Europe, à qui ces informations avaient été fournies par l'intermédiaire [du mandataire] pour le compte de l'intimée [*i.e.* l'assuré] »[375].

56. Appréciation objective du périmètre contractuel. – La délimitation du champ contractuel ne constitue pas une opération purement subjective. Dans certains cas, la doctrine pense que les juridictions peuvent présumer qu'un élément a pénétré le champ contractuel[376].

1° La nature abstraite du contrat sert souvent de fondement à cette présomption[377]. En effet, pour A. De Boeck et J. Waelkens, « *kan het zo zijn dat en partij de voor dat soort contract normale essentiële hoedanigheden op het oog had. Ze kan aanspraak maken op een algemeen vermoeden dat iedere partij, bij het sluiten van een overeenkomst, steeds minstens die hoedanigheden nastreeft die normaal te vinden zijn bij een overeenkomst van die aard* »[378].

Cette présomption ne diffère pas de celle applicable au caractère déterminant de l'erreur. Selon nous, l'entrée d'une qualité dans la sphère contractuelle se trouve facilitée lorsque le juge présume son caractère déterminant au départ de la nature abstraite de la prestation incombant au cocontractant, de la loi ou d'un usage : si ces outils permettent de présumer la volonté de l'*errans*, ils doivent également permettre de présumer que son cocontractant connaissait ou qu'il devait connaitre le caractère déterminant de sa personne ou de ses qualités (*supra*, n° 52).

Par exemple, en vertu de ces principes, les qualités d'une partie intègrent objectivement le périmètre contractuel lorsqu'il est admis qu'elles constituent par définition l'objet de ses obligations : aussi un mannequin ne peut-il pas ignorer que ses qualités physiques déterminent le consentement de son cocontractant vu la nature même de ses prestations[379]. Dans le même ordre d'idées, une partie ne peut pas ignorer que l'impartialité d'un arbitre détermine objectivement le consentement de son cocontractant, puisque l'indépendance d'esprit s'avère toujours indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source[380].

2° À notre sens, le périmètre contractuel se délimite aussi objectivement à la lumière du comportement du cocontractant de l'*errans* et donc au regard de la légèreté dont il a pu faire preuve lors de la conclusion du contrat. Dans ce cadre, P.A. Foriers écrit que « La partie qui n'a pu manquer d'apercevoir le caractère déterminant d'un mobile n'a en effet pas nécessairement admis que ce mobile entre dans le champ contractuel. Elle a pu simplement faire preuve de

---

375 *Ibidem.*

376 A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 23-24, n° 31 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, p. 30, n° 16 ; P.A. FORIERS, « La cause en droit français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 49, n° 9 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 234-235, n° 233 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 355-356, n° 18.

377 A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 23-24, n° 31 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 234-235, n° 233 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 355-356, n° 18.

378 A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 23-24, n° 31.

379 Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697.

380 Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.

négligence. Le champ contractuel n'est pas appréhendé de manière purement subjective, mais en fonction du comportement de deux parties normalement prudentes et diligentes »[381].

Cette idée permet d'intégrer dans la sphère contractuelle certaines qualités déterminantes que le cocontractant de l'*errans* n'a pas pu apercevoir du fait de son imprudence. L'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion du 6 octobre 1989 l'illustre[382]. Un syndicat avait cru conclure un contrat qui portait sur la création et la rédaction d'un magazine avec la représentante d'une agence spécialisée dans ce domaine. Cependant, en réalité, cette personne ne représentait aucune société et elle n'avait même pas la qualité de commerçante. La Cour a admis l'erreur sur son expérience et sur sa personnalité. Elle a aussi précisé que la représentante ne pouvait ignorer l'importance de ses qualités puisqu'elle « s'est en effet abritée derrière la dénomination "Agence" comme s'il s'agissait à tout le moins d'une enseigne commerciale, alors qu'elle ne pouvait le faire n'ayant pas la qualité de commerçante »[383]. Cette partie avait provoqué donc l'erreur par son fait et par l'apparence trompeuse qu'elle avait créée.

Une autre décision du Tribunal du travail de Bruxelles du 12 janvier 2004 rend compte de ces principes[384]. Une candidate à l'emploi a cru contracter avec un courtier en assurance doté d'un agrément alors qu'il ne s'agissait pas du cas. Le Tribunal a considéré que la qualité de courtier agréé avait pu déterminer le consentement de la candidate à l'emploi. Ensuite, il a ajouté que le représentant non agréé « ne pouvait ignorer l'importance de cet élément pour Madame D. Il l'a en effet reçue dans les bureaux d'AGRM en compagnie de son épouse, courtier, pour signer le contrat de travail. L'erreur commise par Madame D. a manifestement été induite par Monsieur V. [*i.e.* le représentant non agréé] »[385]. *In casu*, la qualité litigieuse a pénétré le champ contractuel du fait du comportement trompeur du cocontractant de l'*errans*.

Dans ces deux exemples, rien ne s'oppose à ce que l'*errans* puisse réclamer la nullité de la convention, mais également des dommages et intérêts à son cocontractant : l'erreur qu'il a commise résulte effectivement d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil[386].

B. Caractère excusable de l'erreur

57. Appréciation concrète du caractère excusable de l'erreur. – L'erreur doit avoir un caractère excusable ou, autrement dit, ne pas être inexcusable pour emporter la nullité[387]. Il appartient à l'*errans* d'administrer cette preuve[388]. Selon nous, cette dernière condition s'apprécie à la lumière des caractéristiques personnelles de l'*errans*, telles que son niveau intellectuel, son âge ou sa profession et non abstraitement sur la base du critère de l'article 1382

---

[381] P.A. FORIERS, « La cause en droit français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 49, n° 9.
[382] Saint-Denis-de-la-réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, E, 1990, II, 15835, note E. PUTMAN.
[383] *Ibidem.*
[384] Trib. trav., 12 janvier 2004, Chron. *D.S.*, 2004, p. 485.
[385] *Ibidem*, spéc. p. 486.
[386] Voy. not. à cet égard : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 239, n° 238 ; S. STIJNS, « De sanctionnering van de wilsgebreken », in *Wilsgebreken*, R. VAN RANSBEECK (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, pp. 152-153, n° 26.
[387] Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 38 ; Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2386 ; Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70, spéc. p. 71 ; Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 714 ; Cass., 20 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 950 ; Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 198, note M. COIPEL.
[388] Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 38.

du Code civil[389]. La Cour de cassation nous semble avoir implicitement rallié de cette opinion. Dans une décision du 28 juin 1996, la Cour a ainsi décidé qu'il n'est pas obligatoire de « constater que l'erreur alléguée était de celles qu'aurait commise toute personne de la même profession, normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances »[390], mais qu'il suffit de constater que « cette erreur était de celle que commet un homme raisonnable »[391].

58. Application à l'erreur sur la personne du cocontractant. – La condition d'excusabilité s'applique à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil[392] : l'*errans* doit donc démontrer que sa méprise ressort de celle qu'un homme raisonnable aurait pu commettre[393].

La condition d'excusabilité entretient un lien étroit avec l'obligation de renseignement qui pèse sur l'*errans*[394]. Certains auteurs pensent que cette partie doit s'informer sur la réalité de sa croyance. Aussi celui qui verse dans l'erreur doit-il prendre le soin de se renseigner sur les qualités du cocontractant qu'il estime déterminantes avant de donner son consentement[395].

Une décision de la Cour de cassation française du 3 juillet 1990 illustre ces propos[396]. Cette affaire concerne l'engagement d'un directeur de société. Lors de la procédure d'embauche, l'employeur n'avait pas remarqué que le candidat avait occupé le poste de président-directeur général d'une société en liquidation alors que cette information figurait sur son *curriculum vitae*. L'employeur a donc allégué l'erreur et la Cour d'appel a rejeté cette prétention. La Cour de cassation a confirmé cette appréciation, en décidant que « l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable ; que l'arrêt relève que la société Car Expert et son syndic avaient été informés par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le *curriculum vitae* appuyant sa candidature, et qu'ils ne s'étaient pas renseignés complètement sur le candidat directeur et

---

[389] M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », obs. sous Cass. 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 213-214, n° 12. Voy. dans un sens similaire en droit français : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 251, n° 233 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 194, n° 206. *Contra* : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 258, n° 141 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 61, n° 46, *B*.

[390] Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 714, spéc. p. 716.

[391] *Ibidem.*

[392] Anvers, 25 juin 2001, *Lim. Rechtsl.*, 2001, p. 303, note H. VAN GOMPEL. Voy. not. dans le même sens en doctrine : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 25, n° 33, spéc. note 5 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 240, n° 239.

[393] Cass., 12 février 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 38 ; Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2386 ; Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70, spéc. p. 71 ; Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 714.

[394] Voy. not. à cet égard : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, pp. 36-42, nos 47-52 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 82, n° 107 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 30-31, n° 16 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 82, n° 107.

[395] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 36, nos 47-48 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 82, n° 107 ; R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 30-31, n° 16.

[396] Cass. fr. soc., 3 juillet 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 329.

n'avaient pas procédé à des investigations plus poussées qui leur aurait permis de découvrir que M. […] venait de déposer le bilan d'une société aussitôt en liquidation de biens »[397].

59. Application à l'erreur sur la personne d'un tiers à la convention. – En pratique, il arrive qu'une méprise se produise sur la personne d'un tiers au contrat[398]. La demande en nullité se fonde alors sur une erreur concernant un mobile déterminant de l'*errans*[399]. Dans un arrêt du 14 janvier 2013, la Cour de cassation a décidé que le régime de cette sorte d'erreur repose sur l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil et non sur l'article 1131 du Code civil[400] (*supra*, n° 45).

La condition d'excusabilité s'applique donc à l'erreur sur la personne d'un tiers[401]. Partant, il n'existe aucune différence majeure avec la méprise sur la personne du cocontractant.

Plusieurs décisions montrent l'importance de cette condition à propos de l'erreur de la caution sur la solvabilité du débiteur principal[402]. Un jugement du Tribunal de première instance de Namur du 1er avril 1988 en témoigne[403]. Un frère avait cautionné les dettes de sa sœur qu'il croyait solvable alors qu'il ne s'agissait pas du cas lors de la conclusion du contrat. Il prétendait alors avoir commis une erreur en raison d'un défaut d'information de la banque. Le Tribunal a rejeté cette demande, en considérant que « le banquier n'est pas tenu d'avertir le tiers appelé à garantir la dette d'un client, de la mauvaise situation celui-ci dès lors que la future caution connaît déjà les embarras financiers du débiteur et qu'il n'ignore pas les risques du cautionnement »[404]. De ce fait, le frère avait agi avec légèreté, dans la mesure où il « avait été lui-même amené, de son propre aveu, à consentir des avances substantielles à sa sœur »[405].

Cette opinion n'a pas un caractère absolu. Dans certaines situations, selon une partie de la doctrine, l'article 1382 du Code civil impose à la banque d'attirer l'attention de la caution sur l'état des finances du débiteur principal. Il s'agit notamment du cas lorsque la caution ne connait pas le débiteur principal et que l'établissement de crédit sait que sa situation financière ne lui permettra pas de rembourser ses dettes[406]. R. Steennot écrit, à cet égard, que « *kan de bank een fout begaan door krediet te verlenen aan een onderneming waarvan zij redelijkerwijze*

---

[397] *Ibidem.*

[398] Voy. not. dans le cadre du cautionnement : Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149 ; Anvers, 4 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 367 ; Civ. Namur, 1er avril 1988, *J.T.*, 1988, p. 410. Dans le cadre du contrat d'arbitrage : Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT. Dans le domaine des assurances : Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

[399] Voy. not. en ce sens en droit français : Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, p. 146, n° 136.

[400] Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70.

[401] Anvers, 4 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 367 ; Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676 ; Civ. Namur, 1er avril 1988, *J.T.*, 1988, p. 410. La Cour de cassation a également décidé que la condition d'excusabilité s'appliquait à l'erreur sur le mobile déterminant (Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70, spéc. p. 71).

[402] Anvers, 4 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 367 ; Civ. Namur, 1er avril 1988, *J.T.*, 1988, p. 410.

[403] Civ. Namur, 1er avril 1988, *J.T.*, 1988, p. 410.

[404] *Ibidem*, spéc. p. 411.

[405] *Ibidem.*

[406] En jurisprudence, il parait admis qu'un établissement de crédit normalement prudent et diligent doit s'enquérir de la solvabilité de son client, de sorte qu'il ne peut octroyer un crédit à un client qui ne pourra manifestement pas remplir son engagement. Dans le sillage de cette idée, la banque ne peut donc pas compter uniquement sur les garanties réelles ou personnelles de son client (Voy. not. Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183).

zeker kan zijn dat zij dit krediet niet zal kunnen terugbetalen. Het krediet mag met andere woorden niet uitsluitend worden toegekend op grond van de verleende zekerheden »[407].

§4. – Conclusion intermédiaire

60. Erreur sur la personne du cocontractant et sur celle d'un tiers. – En pratique, l'*error in persona* porte sur la personne du cocontractant comme sur celle d'un tiers à la convention.

Tout d'abord, la méprise peut concerner l'identité physique du cocontractant, c'est-à-dire sa personne considérée *in globo* ou comme un tout. Tel est le cas lorsqu'un individu croit erronément conclure un contrat avec un peintre de renom, alors qu'il s'agit en réalité d'un inconnu. L'erreur peut aussi porter sur l'identité civile du cocontractant : elle vise alors les attributs de son identité, tels que son nom, sa nationalité ou encore son domicile (*supra*, n° 39).

Toutefois, en pratique, l'erreur a généralement trait aux qualités du cocontractant de l'*errans*. Une multitude de qualités peuvent former l'objet de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. Ainsi en est-il de la solvabilité, des compétences ou encore de la réputation d'une partie. Dans ce contexte, il faut concéder que l'erreur sur les qualités d'un époux pose des difficultés en droit belge compte tenu de la stabilité à laquelle cette institution inspire (*supra,* n^{os} 40-41).

Enfin, les cours et tribunaux ont aussi reconnu l'existence d'une erreur sur la personne d'un tiers dans le contrat d'arbitrage, dans le contrat de cautionnement et dans les contrats conclus avec des intermédiaires d'assurances. Les fondements de cette méprise restent incertains, étant donné que l'article 1110, alinéa 2, du Code civil limite son champ d'application à la personne « avec qui on a intention de contracter ». Cet écueil ne parait pas dirimant : il nous semble que l'erreur sur le mobile déterminant peut lui servir de fondement (*supra,* n^{os} 43-44).

61. Appréciation du caractère déterminant de l'erreur. – À l'instar des principes admis à propos de l'erreur sur la substance, les juridictions apprécient souverainement si les qualités et la personne d'un cocontractant ont déterminé le consentement de l'autre (*supra,* n° 47).

1° Le caractère déterminant de l'erreur s'apprécie *in concreto* de prime abord.

Primo, il arrive que les parties précisent à l'avance si l'une d'elles ou si l'une de leurs qualités présente un caractère déterminant aux yeux de l'autre. Elles peuvent notamment prévoir une clause d'*intuitus personae* à cet effet. En outre, dans les faits, l'*errans* peut aussi ériger tacitement une qualité de son cocontractant en élément essentiel de son consentement. Par exemple, certains documents précontractuels peuvent démontrer que l'*errans* s'est renseigné sur une qualité de l'autre partie et qu'il n'aurait pas contracté sans elle (*supra*, n° 49).

Secundo, la référence à l'objet concret d'une obligation, tel que libellé par les cocontractants, aide souvent à déterminer si l'*errans* a voulu élever une qualité au rang d'élément déterminant de son consentement. En effet, l'examen des particularités de l'objet des obligations d'une partie peut révéler les qualités *in concreto* indispensables à leur bonne exécution et qui ont donc implicitement déterminé le consentement de l'*errans* (*supra,* n° 50).

Tertio, s'agissant de l'erreur sur la substance, la Cour de cassation a déjà eu recours à la finalité contractuelle afin de jauger le caractère déterminant de la méprise. Cette idée se conçoit aussi pour l'*error in persona* en complément de l'interprétation de l'objet concret des

[407] R. STEENNOT, Obs. sous Gand 21 mars 2012, *N.J.W.*, 2012, p. 606.

obligations du cocontractant de l'*errans*. La référence à cet outil permet d'expliquer pourquoi les juridictions prononcent la nullité dès lors que l'*errans* avait comme objectif de contracter avec un partenaire réputé ou expérimenté alors qu'il ne s'agissait pas du cas (*supra*, n° 51).

2° Le caractère déterminant de l'erreur s'apprécie également *in abstracto*.

Une présomption d'*intuitus personae* peut ainsi résulter de la nature abstraite de la prestation qui incombe à un cocontractant. Dans certains contrats, une partie constitue par définition l'objet des obligations qu'elle doit exécuter : ainsi en est-il des conventions qui portent sur l'image des mannequins, chanteurs ou des acteurs. Il existe alors une présomption d'*intuitus personae* dans la mesure où il parait objectivement impossible d'exécuter les obligations qui reviennent à cette partie sans son concours. Dans le même ordre d'idées, il arrive parfois que la bonne exécution de certaines obligations requière toujours la présence d'une qualité bien déterminée. De ce fait, cette dernière présente un caractère objectivement déterminant, étant donné qu'elle s'avère toujours indispensable à l'exécution des prestations d'une partie. Tel est le cas, par exemple, de l'impartialité pour un arbitre (*supra*, n° 52).

De même, une présomption d'*intuitus personae* se déduit parfois des dispositions légales ou des usages qui imposent à un cocontractant d'avoir égard à l'une des qualités de son partenaire. Par exemple, dans le domaine bancaire, les articles VII.69 et VII.126 du Code de droit économique imposent au prêteur de tenir compte de la solvabilité du consommateur lors de la conclusion d'un crédit à la consommation ou d'un crédit hypothécaire (*supra*, n° 52).

62. Appréciation des caractères commun et excusable de l'erreur. – L'erreur sur la personne doit présenter un caractère commun et excusable afin d'emporter la nullité.

1° Le caractère commun de l'erreur signifie que l'*errans* doit démontrer que la qualité qu'il avait en vue a pénétré le champ contractuel : il lui appartient de prouver que son cocontractant connaissait ou qu'il devait connaitre l'importance de l'une de ses qualités.

Dans cette perspective, le caractère commun de l'erreur s'apprécie d'abord subjectivement : il apparait effectivement que l'*errans* peut se référer aux clauses de la convention, à l'interprétation de l'objet concret des obligations et même au comportement des parties afin de prouver qu'une qualité a pénétré *in concreto* la sphère du contrat (*supra*, n° 55).

Le caractère commun de l'erreur peut également se présumer dans certaines situations. Une telle présomption résulte de la nature abstraite de la prestation du cocontractant, de la loi ou des usages : si ces outils permettent de présumer la volonté de l'*errans*, il nous semble qu'ils doivent aussi permettre de présumer que son cocontractant connaissait ou qu'il devait connaitre le caractère déterminant de sa personne ou de ses qualités. Par ailleurs, dans certains cas, le périmètre du contrat se délimite objectivement à la lumière du comportement du cocontractant de l'*errans* : il est ainsi possible d'intégrer dans la sphère contractuelle certaines qualités déterminantes qu'il n'a pu apercevoir en raison de son imprudence (*supra*, n° 56).

2° Dans un dernier temps, la Cour de cassation prescrit que l'erreur doit avoir un caractère excusable ou, autrement dit, qu'elle ne doit pas être inexcusable dans le chef de l'*errans*. Cette condition s'apprécie *in concreto* et elle s'applique à l'erreur sur la personne du cocontractant ainsi qu'à la méprise commise sur la personne d'un tiers. En principe, elle impose à l'*errans* de se renseigner, c'est-à-dire à vérifier la réalité de sa croyance (*supra*, n^{os} 57-58).

Conclusion du chapitre

63. Caractère déterminant de l'erreur sur la personne classiquement présumé sur la base de la nature du contrat *intuitu personae*. – L'article 1110, alinéa 2, du Code civil énonce un principe et une exception : il n'y a normalement pas d'erreur sur la personne d'un cocontractant, à moins que ce dernier constitue l'élément déterminant de la convention.

Une majorité de la doctrine appréhende classiquement le caractère déterminant de cette erreur au départ de la nature *intuitu personae* de certains contrats. L'intérêt de cette approche réside dans le fait que les cours et tribunaux peuvent *présumer* qu'une partie représente l'élément essentiel du consentement de l'*errans* lors d'un litige. Par exemple, il est admis que les contrats conclus à titre gratuit peuvent toujours faire l'objet d'une erreur sur la personne du bénéficiaire du service ou de la donation ; à l'inverse, une convention faite à titre onéreux ne tombe pas, en principe, sous le coup de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil (*supra*, n° 34).

La référence à la nature préétablie du contrat présente de l'intérêt dans certaines situations : ainsi en est-il lorsque la méprise porte sur l'identité physique du cocontractant considéré comme un tout. Toutefois, à la réflexion, cette approche peut faire l'objet de deux axes d'amélioration. *Primo*, il semble parfois utile d'adopter une analyse plus englobante. Il en va ainsi lorsque les juridictions connaissent des litiges qui portent sur la personne d'un tiers et non d'un cocontractant. Dans ce cas, les magistrats peuvent difficilement présumer le caractère déterminant de l'erreur *in abstracto* sur la base de la nature de la convention. *Secundo*, certains auteurs français se sont interrogés sur l'utilité de se référer à la nature préétablie du contrat *intuitu personae* en pratique : un tel raisonnement leur parait imprécis quand il y a lieu de savoir si une qualité constitue l'élément déterminant du consentement de l'*errans* (*supra*, n° 35).

En conclusion, compte tenu des interrogations émises par une partie de la doctrine et de la jurisprudence, il nous semble que le caractère déterminant de l'erreur sur la personne doit s'apprécier *in concreto* de prime abord. Il convient donc d'examiner concrètement cette condition au départ des outils employés à propos de l'erreur sur la substance. Cependant, une approche plus objective du caractère déterminant ne disparait pas totalement. Dans certaines situations, il reste effectivement possible de présumer cette condition de l'erreur (*supra*, n° 36).

64. Amélioration du régime de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil. – Le régime de l'*error in persona* se construit au départ des conditions de l'erreur sur la substance.

L'erreur sur la personne concerne rarement l'identité physique ou civile d'un cocontractant. En effet, en pratique, ce vice de consentement a généralement trait à une qualité : il s'agit notamment du cas lorsque l'erreur porte sur la solvabilité, sur les compétences, l'honorabilité ou encore sur la réputation. Les juridictions ont aussi reconnu l'existence de l'erreur sur la personne d'un tiers au contrat. Le fondement de cette méprise ne réside alors pas dans l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, mais dans l'erreur sur le mobile déterminant de l'engagement de l'*errans*. Dans ce cadre, pour la Cour de cassation, le régime de l'erreur sur le mobile déterminant se calque sur celui de l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil (*supra*, n° 60).

Le caractère déterminant de l'erreur s'apprécie *in concreto* au premier chef. Dans cette logique, l'*errans* doit le prouver en se référant à une clause contractuelle *ad hoc*, à son comportement, à l'interprétation de l'objet concret des obligations de son cocontractant ou encore à la finalité contractuelle initialement convenue avec l'autre partie. En outre, dans

certaines circonstances, l'*errans* peut se fonder sur une présomption d'*intuitus personae*. Une telle présomption peut résulter de la nature abstraite de la prestation de son partenaire, d'une loi qui impose de prendre en compte l'une de ses qualités ou même d'un usage (*supra,* n° 61).

Enfin, le caractère commun de l'erreur sur la personne s'apprécie subjectivement et objectivement. D'un côté, il apparait que cette condition s'appréhende subjectivement quand l'*errans* se fonde sur les clauses du contrat, sur l'objet concret des obligations de l'autre partie ou sur la finalité contractuelle afin de prouver *in concreto* qu'une des qualités de son cocontractant a pénétré la sphère du contrat ; le caractère commun se conçoit objectivement, d'un autre côté, lorsque l'*errans* présume qu'une qualité a pénétré le champ contractuel au départ de la nature abstraite de la prestation de son cocontractant, de la loi ou d'un usage. La condition d'excusabilité ne présente aucune spécificité dans le cadre de l'erreur sur la personne. Partant, à l'instar des principes régissant l'erreur substantielle, l'*errans* doit démontrer que sa méprise ressortit de celle qu'aurait pu commettre un homme raisonnable. Cette dernière condition s'applique à l'erreur sur la personne du cocontractant ou d'un tiers (*supra,* n° 62).

Chapitre 2. La réserve d'agrément à l'offre *intuitu personae*

Introduction du chapitre

65. Illustrations. – L'émetteur d'une proposition de contracter faite *intuitu personae* cherche un cocontractant doté des qualités précises : cette proposition ne le lie donc pas avec le premier acceptant venu, parce qu'il se réserve le choix d'agréer le candidat qui lui convient le mieux[408]. Toutefois, en pratique, ces principes paraissent souvent moins clairs qu'il y parait.

Trois exemples le démontrent.

Dans le domaine du bail, un bailleur peut-il considérer que l'annonce de location qu'il a faite au public ne l'engage pas à l'égard d'un candidat-locataire solvable, mais dont il doute de la moralité et de l'honorabilité à la suite de la première rencontre qu'il a eue avec lui ?[409]

Les relations de travail fournissent un autre exemple. Dans ce cadre, un employeur peut-il émettre une réserve à l'offre faite à un candidat à l'emploi déterminé, afin de conserver la maitrise sur la conclusion du contrat, parce qu'il souhaite encore vérifier ses compétences ?[410]

Enfin, s'agissant des conventions bancaires, un établissement financier peut-il refuser d'accorder un financement à l'un de ses clients qui a accepté une publicité de crédit adressée au public, car il a appris que son commerce avait périclité et qu'il a perdu toute sa solvabilité ?[411]

66. Plan du chapitre. – Ces exemples montrent que le concept de la réserve d'agrément reste délicat à appréhender dans les propositions de contracter nanties de l'*intuitus personae*. Malgré ce constat, il apparait que peu d'auteurs belges ont cherché à résoudre ces difficultés[412].

Nous construirons donc le régime de la réserve d'agrément dans ce chapitre.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur la manière dont la doctrine comprend la notion d'offre de contracter. Nous verrons que la plupart des auteurs lient classiquement

---

[408] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 155 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. II.1.4-32 - II.1.4-33, n° 2.11 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 118, n° 161 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 162, n° 4 ; C. CAUFFMAN, « Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS et S. STIJNS (éds.), Anvers, Intersentia, 2002, p. 8, n° 2.2 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45. Voy. not. en droit français : A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, pp. 784-789, nos 42-49 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 205, n° 83.

[409] Lyon, 16 mai 1928, *D.P.*, 1928, II, p. 197, note P. VOIRIN, *S.*, 1928, II, p. 135, note R. DEMOGUE.

[410] Cass. fr. soc., 15 décembre 2010, *Bull. civ.*, 2010, V, p. 334.

[411] Cass. fr. com., 31 janvier 1966, *D.*, 1966, p. 537.

[412] Voy., par exception, sur la question des réserves tacites subjectives à l'offre de contracter *intuitu personae* : C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1re partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 554-555, n° 12.

l'existence d'une réserve d'agrément à la nature *intuitu personae* du contrat projeté. Ce point nous permettra de réfléchir aux axes d'amélioration de cette approche (*infra*, n^{os} 67-79).

De la sorte, dans un deuxième temps, nous étudierons plus précisément le régime des réserves personnelles, c'est-à-dire des réserves qui ont trait aux qualités de l'acceptant à une offre adressée au public comme à une offre adressée à personne déterminée (*infra*, n^{os} 80-100).

Section 1re. La conception classique de la réserve d'agrément à l'offre *intuitu personae*

67. Plan. – Nous débuterons ce chapitre par un rappel de la notion et des conditions requises en droit belge pour qu'il existe une offre de contracter ou, autrement dit, une pollicitation. Nous verrons alors les effets classiquement attribués à l'*intuitus personae* en son sein (**§1er**). Ensuite, nous réfléchirons sur cette approche afin de proposer certaines pistes d'amélioration (**§2**).

§1er. – Approche classique de la réserve d'agrément

68. Notion d'offre de contracter. – Le Code civil belge ne définit pas la notion d'offre de contracter et il n'en organise d'ailleurs pas le régime. Pour C. Delforge, une offre se conçoit comme « une proposition unilatérale de contracter, définitive et complète, et à laquelle il ne manque plus que l'acceptation de son destinataire pour que le contrat en germe se forme »[413].

Cette définition témoigne de l'essence du concept de l'offre : lorsqu'une personne émet un tel acte juridique, il suffit que son destinataire l'accepte pour que la convention se forme[414]. En effet, par un arrêt du 1er février 1982, la Cour de cassation a décidé « Que l'offre d'emploi requiert essentiellement que l'expression définitive de la volonté de l'une des parties en présence ne doive plus qu'être acceptée par l'autre partie pour que le contrat soit formé »[415].

Dans cette logique, l'offre de contracter se distingue de l'invitation à entrer en pourparlers ou en négociations. Cette invitation n'a pas pour but de former le contrat à la suite de l'acceptation de son destinataire : elle a effectivement pour unique objectif de préparer les négociations ou d'amener les parties à envisager la possibilité de conclure un accord[416].

La délimitation de la frontière existant entre l'offre et la proposition à entrer en pourparlers n'est pas toujours évidente à tracer en pratique. Cette question dépend effectivement de la volonté des parties. De ce fait, il revient aux cours et tribunaux d'apprécier souverainement s'il existe une offre de contracter dans le cas d'espèce qui leur est soumis[417].

---

[413] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 552, n° 5. Cons. not. également : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 500, n° 317 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 153, n° 127 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 118, n° 161.

[414] E. VAN DEN HAUTE, « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 3, n° 3 ; A. DE BOECK, « Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten*, f. mob., vol. 9, Malines, Kluwer, 2008, p. 7, n° 5 ; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Anvers – Oxford, Intersentia, 2005, p. 247, n° 408 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 552, n° 5 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 11, n° 2. Selon la Cour de cassation, l'offre revêt donc un effet obligatoire qui se fonde sur la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté : Cass., 27 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1216 ; Cass. 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1121 et p. 1127 (deux espèces).

[415] Cass., 1er février 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 690 ; Cass., 23 septembre 1969, *R.C.J.B.*, 1971, p. 216, note Y. SCHOENTJES-MERCHIERS.

[416] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 491, n° 499.

[417] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 554, n° 9 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation*

Sur la base de ces principes, il convient d'avoir égard aux conditions de l'offre de contracter (**A**) afin de pouvoir cerner les effets que l'*intuitus personae* revêt en son sein (**B**).

A. Présentation des conditions de l'offre de contracter

69. Caractère complet de l'offre. – Une offre de contracter doit présenter un caractère complet afin de contraindre son auteur à la respecter. Cette condition signifie que l'offre doit contenir l'ensemble des éléments essentiels et substantiels du contrat projeté[418] ; la convention se forme donc, en principe, lorsque l'acceptation concorde sur l'ensemble de ces éléments[419].

Ainsi, par une décision du 2 octobre 1968, la Cour de cassation a précisé « que l'existence d'un contrat requiert d'abord l'accord des parties sur ses *éléments essentiels* »[420]. Il s'agit-là des éléments caractéristiques sans lesquels la convention ne peut pas survivre. Les contrats nommés ne posent pas de difficultés à cet égard. Par exemple, pour qu'il y ait une vente, la convention doit contenir des précisions sur la chose vendue ainsi que sur son prix (article 1583 du Code civil)[421] ; de même, s'agissant des contrats innommés, certains recourent au concept de l'économie contractuelle pour déceler leurs éléments caractéristiques : ces derniers apparaissent au juge à la lumière de l'objectif concrètement poursuivi par les parties[422].

Dans certains cas, il arrive qu'un cocontractant *substantialise* un élément qui ne revêt qu'un caractère accessoire en raison de sa nature : aussi en est-il pour le délai de livraison d'un bien ou pour une clause arbitrale qu'une partie considère comme essentielle à son engagement, alors qu'il ne s'agit normalement pas du cas[423]. Lors d'un arrêt du 12 juin 1980, la Cour de cassation a affirmé « qu'ayant constaté que le défendeur avait lors des pourparlers en vue de la conclusion de la convention, fait d'une clause, que le jugement déclare illicite, un élément essentiel du consentement qu'il devait donner et que, à défaut d'accord des demandeurs sur

---

du contrat, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 13, n° 4 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 491, n° 499.

[418] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 501, n° 318 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 155-156, n° 130 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 118, n° 161 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 552-553, n° 8.

[419] Les cocontractants peuvent encore négocier les éléments accessoires après l'échange de leurs consentements ; de même, les dispositions légales supplétives ou les usages peuvent les régir à défaut d'accord entre les cocontractants à ce sujet (A. DE BOECK, « Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, p. 11, n° 17 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 553-554, n° 8). *Contra* : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 488, n° 496.

[420] Nous soulignons. Voy. Cass., 2 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 129, spéc. p. 130.

[421] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 155-156, n° 130 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 118, n° 16 ; L. CORNELIS, « Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten », *R.D.C.*, 1983, pp. 17-18, n° 11.

[422] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 156, n° 130 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 553, n° 8 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 19, n° 7.

[423] A. DE BOECK, « Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, p. 10, n° 16 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 552-553, n° 8.

cette clause, le défendeur n'avait pas consenti à la convention, le jugement décide légalement qu'en raison de cette absence de consentement la convention ne s'est pas formée »[424].

70. Caractère extériorisé de l'offre. – Il convient d'extérioriser une offre de contracter pour qu'elle puisse sortir ses effets[425]. Afin de comprendre la portée de cette condition, il faut faire le départ entre l'offre adressée à personne déterminée et l'offre adressée au public.

Tout d'abord, il existe une *offre à personne déterminée* lorsque cette dernière s'adresse à une ou à plusieurs personnes nommées[426]. Cette première sorte de pollicitation constitue un acte juridique unilatéral réceptice qui sortit ses effets à partir du moment où son destinataire en a pris connaissance ou à partir du moment où il a eu la possibilité raisonnable d'en prendre connaissance. Dès cet instant, l'offre devient irrévocable et son auteur doit la maintenir : il ne peut plus la retirer sans commettre une faute qui engage sa responsabilité extracontractuelle[427].

Le sollicitant fait une *offre au public* dès lors que cette dernière s'adresse à un nombre indéterminé ou indéterminable de destinataires[428]. Cette seconde sorte de pollicitation représente un acte juridique unilatéral non réceptice qui produit des effets par le fait même de son extériorisation, sans devoir être portée à la connaissance d'un destinataire précis[429]. En principe, un tel acte juridique lie l'offrant au premier acceptant venu[430]. Il en va ainsi pour une offre de récompense faite à quiconque retrouvera un animal ou un objet perdu, pour l'exposition des produits ou des services avec indication du prix, pour la publication de tarifs de transport ou encore pour l'affichage de prix des places dans les lieux de divertissement[431].

71. Caractère ferme de l'offre. – Seule une offre revêtue de fermeté a le pouvoir de lier son auteur en droit. Dans un arrêt du 2 décembre 1875, la Cour de cassation a effectivement décidé que « pour qu'il y ait contrat, il faut que les parties aient donné leur consentement, avec l'intention de s'obliger civilement entre elles, *animo contrahendae obligationis* »[432].

---

[424] Cass., 12 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1248.

[425] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 156-157, n° 131 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 23-24, n° 11 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 557, n° 15.

[426] T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 24, n° 11 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 35, n° 50.

[427] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 156-157, n° 131.

[428] A. DE BOECK, « Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, p. 15, n° 31.

[429] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 505, n° 321.

[430] E. VAN DEN HAUTE, « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 8, n° 13 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 35, n° 50 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 16, n° 11.

[431] Voy. not. pour cette énumération : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 505, n° 321 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 517, n° 524.

[432] Cass., 2 décembre 1875, *Pas.*, 1876, I, p. 37, spéc. p. 41.

Dans cette logique, la condition de fermeté signifie que l'offrant doit avoir la volonté de s'engager définitivement aux conditions posées dans son offre[433]. Cette manifestation de volonté s'apprécie normalement *in concreto*[434]. Selon certains auteurs, la fermeté d'une offre se déduit souvent, en pratique, au départ de sa précision : une proposition détaillée permet de présumer la volonté de son auteur de s'engager sur le plan juridique[435]. L'attitude de l'offrant comme le choix de ses mots présentent donc une importance déterminante en la matière. Par exemple, dans son arrêt du 1er février 1982, la Cour de cassation a confirmé la décision du juge du fond pour qui le fait de parler d'une rémunération *vraisemblable* et d'une durée *possible* de travail témoignait de l'absence de fermeté dans le chef de l'émetteur d'une offre d'emploi [436].

La condition de fermeté renvoie à la question des réserves de contracter. En effet, dans certains cas, il arrive que l'offrant apporte des restrictions à l'étendue de sa pollicitation.

1° Une réserve peut d'abord présenter une *nature objective*[437].

C. Delforge définit ce genre de réserve comme celle où l'offrant « subordonne son engagement définitif à des conditions ou modalités qui lui sont extérieures et dont la réalité peut-être objectivement vérifiée »[438]. Une partie de la doctrine estime que l'offre reste obligatoire lorsqu'elle comporte une réserve objective, même s'il est vrai qu'elle possède alors un champ d'application plus réduit : si l'acceptant se situe hors du champ d'application de l'offre défini par la réserve, l'offrant peut refuser de contracter en lui faisant valoir les raisons de sa décision ; l'émetteur de l'offre doit donc motiver son refus de contracter dans ce cas[439].

L'offrant peut formuler une réserve objective de façon expresse. L'offre faite au public dans « la limite des stocks disponibles » l'illustre[440]. Pareille restriction peut aussi résulter implicitement de la nature du contrat. Par exemple, certains auteurs citent l'offre de vente

---

[433] Cass., 1er février 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 690.

[434] A. DE BOECK, « Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, p. 12, n° 20 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 118, n° 161; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 554, n° 9 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 12-13, n° 3.

[435] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 554, n° 9.

[436] Cass., 1er février 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 690.

[437] Voy. not. à ce sujet : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 13 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 14-15, n° 5 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 165, n° 7 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 32, n° 45.

[438] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 13.

[439] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 13 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 14-15, n° 5 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 17-18, n° 11.

[440] *Ibidem.*

immobilière publique[441] et de vente sur internet[442], qui comprennent une réserve sur la solvabilité de l'acheteur. Dans ce contexte, une réserve de contracter peut conserver sa nature objective bien qu'elle ait un certain caractère potestatif. Ainsi T. Starosselets écrit-il que « Le simple fait pour l'offrant d'émettre certaines restrictions à son engagement ne prive donc pas, en principe, l'offre de sa qualification juridique, et ce, même si la réserve présente un certain caractère potestatif, comme l'offre de vente des produits jusqu'à la modification du prix »[443].

2° Une réserve peut également revêtir une *nature subjective*.

Une restriction a une telle nature dès lors que l'offre repose sur un critère qui subordonne la formation du contrat à la volonté quasi-discrétionnaire du proposant[444]. Pour la plupart des auteurs, une réserve subjective – aussi dénommée d'agrément – disqualifie donc l'offre en simple invitation à entrer en pourparlers : une telle limitation revêt, en effet, un caractère à ce point général qu'il devient impossible de définir le champ d'application de l'offre et donc d'admettre que son auteur a la volonté de s'engager définitivement lors de son acceptation[445].

L'offrant peut formuler une réserve subjective de manière expresse. Il est devenu classique de citer, à titre d'illustration, l'hypothèse de l'offre « faite sans engagement » ou faite « sous réserve d'acceptation »[446]. Toutefois, aucune formule sacramentelle ne parait requise pour reconnaitre une réserve d'agrément. Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 25 mars 2011 le montre[447]. L'affaire concerne la vente sur internet d'une voiture. En l'espèce, la juridiction a confirmé que le vendeur s'était réservé le droit d'agréer l'acheteur en écrivant, sur sa proposition, « petit comique s'abstenir (...) attention les enchérisseurs précédents qui n'ont pas tenu leur engagement sont exclus des acheteurs potentiels et ont une évaluation négative »[448]. Il est également admis qu'une réserve subjective résulte parfois de la nature du contrat projeté. Tel est le cas, par exemple, en présence d'une convention *intuitu personae* (*infra*, n^{os} 72-73).

Les principes régissant la fermeté et les réserves valent normalement pour l'offre à personne déterminée ainsi que pour celle faite au public : d'aucuns pensent que les deux

---

[441] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 556, n° 13. Fr. T'KINT étend même cette réserve à tout contrat de vente : Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45.

[442] Voy. not. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, pp. 165-166, n° 7.

[443] T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5. Voy. dans le même sens : J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 48, n° 2.10 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 32, n° 45.

[444] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 554, n° 10.

[445] E. VAN DEN HAUTE, « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 8, n° 13 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 554, n° 10 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 165, n° 7.

[446] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 504, n° 320 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.11.

[447] Liège, 25 mars 2011, *R.D.T.I.*, 2012, p. 67.

[448] *Ibidem*, spéc. p. 69.

pollicitations ont un caractère obligatoire *a priori* identique[449]. Cependant, H. De Page tempère cette idée, en écrivant « [qu'un] directeur de théâtre, de champ de courses, d'établissement de bains doit-il, en vertu de l'offre, accorder l'entrée de son établissement à un individu de moralité douteuse qui provoque un scandale ? Un concessionnaire de transports en commun doit-il permettre l'accès de ses voitures à un ivrogne ? La jurisprudence résout la question par la *négative*, et cette solution est incontestablement fondée. Mais comment l'expliquer ? […] Il faut, à notre avis, dire que l'offre au public, s'adressant à des personnes *indéterminées*, comporte toujours des réserves implicites, qu'il n'est ni d'usage ni même possible de publier »[450]. La nature de l'offre publique autorise plus facilement les réserves implicites[451].

B. Présentation de la réserve d'agrément au sein de l'offre *intuitu personae*

72. Approche classique de l'effet de l'*intuitus personae* sur les réserves. – Une réserve subjective résulte parfois de façon implicite de la nature de la convention à conclure. Selon la majorité de la doctrine, il s'agit du cas en présence d'un contrat *intuitu personae.* Il est ainsi admis que toute offre de contracter nantie de ce caractère comporte une réserve d'agrément tacite et qu'elle constitue toujours, de la sorte, une simple proposition à entrer en pourparlers[452].

De la sorte, P. Wéry écrit que les « réserves subjectives peuvent être expresses ou tacites. Ces dernières peuvent, par exemple, tenir au caractère *intuitu personae* du contrat projeté »[453] ; de même, selon S. Stijns, « *Gaat het om een voorstel aan het publiek voor het sluiten van een contract* intuitu personae *dan vermoedt men over het algemeen dat het slechts gaat om een uitnodiging om een aanbod te doen* »[454]. C. Delforge ajoute également que « la réserve subjective est cependant le plus souvent tacite. Elle paraît indissociable des contrats *intuitu personae* dans le chef du destinataire de l'offre. On parle alors de réserve d'agrément »[455].

---

[449] Cass. fr. 3e civ., 28 novembre 1968, *Bull. civ.*, III, p. 389, n° 507. Voy. not. : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 618, n° 641 ; A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 757, n° 9.

[450] H. De Page souligne. Voy. à cet égard : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, n° 526.

[451] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 556, n° 14.

[452] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 155 ; E. VAN DEN HAUTE, « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 10, n° 17 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 32-33, n° 2.11 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 118, n° 161 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 162, n° 4 ; C. CAUFFMAN, « Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS et S. STIJNS (éds.), Anvers, Intersentia, 2002, p. 8, n° 2.2 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 492, n° 499*bis* ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, pp. 21-22, n° 28.

[453] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129.

[454] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 118, n° 161.

[455] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12.

Enfin, J. Stichelbaut indique qu'une réserve subjective « se présente souvent dans des contrats dans lesquels le caractère *intuitu personae* est présent de manière plus ou moins forte »[456].

Une large partie de la doctrine française partage cette analyse[457]. Ainsi F. Valleur souligne-t-il que « Dans le contrat conclu normalement *intuitu personae* [...] le choix du cocontractant présente une importance de premier ordre [...] Si donc une proposition de contrat, même précisant tous les éléments du contrat, a été faite au public ou à personne déterminée, elle n'engage point son auteur, elle n'est point une offre produisant des effets juridiques tant que son auteur n'a pas agréé la personne de l'acceptant »[458]. Dans le sillage de ces propos, pour J.-L. Aubert, « la proposition d'un contrat *intuitu personae* n'est jamais une offre lorsqu'elle est faite à personne indéterminée. Alors, en effet, la liberté d'agrément du cocontractant que conserve le proposant est exclusive de la fermeté indispensable à cette qualification »[459].

La présence d'une réserve subjective ou d'agrément dans une offre *intuitu personae* a pour effet de renverser les rôles entre l'offrant et l'acceptant. Dans ce cas, comme le résume D. Houtcieff, « le véritable offrant est celui qui répond à la proposition sujette à confirmation et qui soumet ainsi sa manifestation de volonté à l'acceptation de l'autre partie »[460].

73. Illustrations de l'approche classique. – Les doctrines belge et française ne remettent presque jamais en cause l'existence d'une réserve d'agrément tacite dans les offres *intuitu personae*. Toutefois, en dépit de ce consensus, il apparait que les auteurs fournissent peu d'exemples afin d'étayer leurs propos. En réalité, seules trois illustrations reviennent régulièrement dans leurs écrits : l'offre de crédit, l'offre d'emploi et même l'offre de location[461].

---

[456] J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.11.

[457] D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 86-87, n° 143 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, 16e éd., *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2014, pp. 123-124, n° 134 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 133, n° 110 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, pp. 621-622, n° 847 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, 2e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 106, n° 110, *a)* ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, pp. 25-26, n° 47 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 205-206, n° 83. Le nouvel article 1114 du Code civil français fait allusion à l'exigence de fermeté et, de la sorte, aux réserves de contracter. Toutefois, cet article ne modifie pas la conception classique de la réserve d'agrément en droit français : il précise effectivement que « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ».

[458] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 205-206, n° 83.

[459] J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 75, n° 68.

[460] D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 87, n° 143.

[461] Voy. not. en droit belge : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129, spéc. note 40 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.12 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; C. CAUFFMAN, « Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS et S. STIJNS (éds.), Anvers, Intersentia, 2002, p. 8, n° 2.2. Voy. not. en droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, 16e éd., *L'acte juridique*,

C. Delforge résume cette idée lorsqu'elle écrit que la réserve d'agrément se manifeste « dans les offres publiques d'emploi. Certains auteurs, élargissant les contours de la notion d'*intuitus personae*, admettent également la présence d'une réserve dans d'autres situations où il s'avère que, dans la pratique, l'offrant a entendu se réserver la possibilité de choisir son cocontractant, comme ce serait le cas en matière d'offres publiques de bail ou de crédit »[462].

Pour C. Cauffman, « *Voorstellen aan het publiek waarbij de persoon van de toekomstige contractspartij van doorslaggevend belang is (voorstellen* intuitu personae*), worden zowel onder de PECL als onder Belgische recht over het algemeen vermoed slechts uitnodigingen te zijn tot het doen van een aanbod. Dit geldt zowel onder de PECL als onder het Belgische recht voor advertenties met betrekking tot een aanbieding van werk aan personen die aan bepaalde voorwaarden voldoen. In deze gevallen verplicht de opsteller van de advertentie zich inderdaad niet om de persoon die zijn diensten aanbiedt en die aan de voorwaarden voldoet te werk te stellen. Volgens de toelichting bij de PECL geldt dit ook voor het te huur aandienden van een goed voor een bepaald prijs. Dit voorbeeld wordt ook in België genoemd* »[463].

J. Stichelbaut précise, au sujet de ces exemples, que « De manière générale, "l'offre" d'emploi, en tant qu'elle contient une réserve d'agrément implicite, n'est pas une offre mais seulement un appel d'offres : ce sont les candidats au poste qui offriront leur travail sous certaines conditions précises et le futur employeur qui acceptera ou non leur offre. Il en est de même pour la mise en location d'un bien, lorsque le bailleur se réserve le droit de choisir parmi les différents candidats-locataires ou exige certaines conditions d'honorabilité, de solvabilité,… Le prêt et l'ouverture de crédit contiennent également une réserve d'agrément implicite, "*le prêteur et le bailleur de crédit attachant importance à la solvabilité de leur contractant*" »[464].

Cette doctrine classique nous semble s'inscrire dans le sillage de l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae* : la présence d'une réserve d'agrément se déduit irréfragablement de la nature particulière des contrats revêtus de ce caractère. En effet, toutes les offres prenant place dans cette sorte de convention comportent une réserve subjective tacite.

§2. – Réflexions sur l'approche classique de la réserve d'agrément tacite à l'offre faite intuitu personae

74. Axes d'amélioration de l'approche classique. – À la réflexion, nous pensons que certaines décisions des juridictions confirment bien que la nature *intuitu personae* du contrat projeté implique parfois l'existence d'une réserve d'agrément tacite à l'offre de contracter.

Paris, Sirey, 2014, p. 126, n° 138 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 622, n° 847 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, pp. 133-134, n° 110 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, 2e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 106, n° 110, *a)* ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, pp. 25-26, n° 47 ; J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 74, n° 67.

[462] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12.

[463] C. CAUFFMAN, « Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS et S. STIJNS (éds.), Anvers, Intersentia, 2002, p. 8, n° 2.2.

[464] Voy. à ce sujet : J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.12.

Un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 20 mars 1991 illustre cette idée[465]. Un chômeur avait refusé d'investiguer une proposition d'emploi à la suite d'un premier entretien, alors que l'O.N.Em. jugeait qu'il s'agissait là d'une offre convenable qu'il ne pouvait pas refuser. La Cour du travail a censuré cette opinion. Elle a rappelé que « les contrats de travail étant conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération des qualités des travailleurs, de leur personnalité, des offres anonymes sont assorties de réserves implicites »[466]. Selon la Cour, l'annonce en question ne constituait concrètement pas une offre ferme, dans la mesure où l'employeur avait testé les compétences du candidat à l'emploi et qu'il n'avait d'ailleurs pas « éprouvé une impression favorable quant aux aptitudes professionnelles de celui-ci à exercer l'emploi à attribuer »[467]. La Cour conclut donc que « ces éléments permettent de tenir pour certain qu'une offre réelle d'emploi n'a pas été faite à l'intimé qu'il eût suffi d'accepter pour être engagé »[468].

En revanche, il nous semble que la référence à la nature de la convention ne permet pas de répondre à l'ensemble des questions pratiques posées par l'*intuitus personae* dans le régime des réserves. Nous développerons deux pistes de réflexion afin d'appuyer ce propos. Tout d'abord, dans certains cas, les juges ont rejeté la présence d'une réserve d'agrément à l'offre *intuitu personae* adressée à une *personne déterminée* (*infra*, n° 75). En outre, l'influence croissante des législations antidiscrimination rend l'identification de la qualité prise en considération *in concreto* nécessaire – c'est-à-dire l'identification de l'objet de la réserve – afin de voir si l'offrant peut discriminer les acceptants de façon quasi-discrétionnaire sur cette base ou s'il doit, à l'inverse, fournir une raison légitime, pertinente et proportionnée (*infra*, n° 76).

75. Une approche plus complète : régime des réserves à l'offre à personne déterminée. – La plupart des auteurs belges et français ont pensé le régime de la réserve d'agrément à travers le prisme des offres *publiques* de crédit, d'emploi ou encore de location[469]. Dans un autre sens, l'offre à personne déterminée ne fait pratiquement pas l'objet de développements : selon certains, une réserve d'agrément l'assortirait aussi, sans différence avec l'offre publique[470].

Toutefois, certaines juridictions ont reconnu la fermeté d'offres d'emploi faites à un candidat déterminé en pratique, alors que la convention de travail constitue sans doute l'archétype du contrat *intuitu personae* par nature[471]. Un arrêt de la Cour de cassation française

---

[465] C.T. Mons, 20 mars 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 317.
[466] *Ibidem*, spéc. p. 318.
[467] *Ibidem*.
[468] *Ibidem*.
[469] Voy. not. en ce sens : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129, spéc. note 40 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.12 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; C. CAUFFMAN, « Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS et S. STIJNS (éds.), Anvers, Intersentia, 2002, p. 8, n° 2.2. Voy. à titre d'exception : C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 556, n° 14 ; L. CORNELIS, « Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten », *R.D.C.*, 1983, p. 41, n° 35 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 492, n° 499*bis*.
[470] Voy. not. en ce sens : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 205-206, n° 83.
[471] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 177, n° 205, p. 861, n° 1191 ; A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 113-114 ; L. CAPPELINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.-S.*, 2002, p. 50.

du 15 décembre 2010 le démontre[472]. Une société avait adressé une offre d'emploi – dénommée « promesse d'engagement » – avec une description précise de la fonction et de la rémunération à un candidat à l'emploi. Cependant, la société a retiré son offre juste avant que son destinataire l'accepte. Dans cette affaire, la Cour de cassation française a confirmé la décision de la Cour d'appel, pour laquelle « la lettre du 31 juillet 2006 adressée à M. X… le 1er août 2006 lui proposait un contrat de travail, précisait son salaire, la nature de son emploi, ses conditions de travail et la date de sa prise de fonction, en a exactement déduit qu'elle constituait, non pas une proposition d'emploi, mais une promesse d'embauche et que la rupture de cet engagement par la société CAMA, s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse »[473].

La nature *intuitu personae* du contrat à conclure n'implique donc pas nécessairement une réserve d'agrément dans les offres à personne déterminée. A. Vialard écrit, à ce sujet, « [qu'on] *ne la conçoit pas rationnellement* [*i.e.* la réserve d'agrément] *dans l'offre à personne déterminée* (dans cette dernière, l'*intuitus personae* ne peut jouer qu'à un stade antérieur à l'offre de contrat : le pollicitant s'adressera généralement à la personne qu'il sait être intéressée par la proposition, et dont les qualités personnelles lui conviennent, mais l'offre étant faite, ne pourra certainement pas être rétractée au motif que l'acceptant ne présenterait pas les qualités requises auxquelles s'attendait le pollicitant »[474]. Par ailleurs, selon H. De Page, une réserve d'agrément s'envisage dans « L'*offre elle-même*, dans les contrats qui supposent l'*intuitus personae*, à moins qu'elle ne s'adresse à une personne connue de l'offrant »[475]. Il faut donc se demander *in concreto* si l'offrant connaissait son destinataire avant d'admettre la réserve.

76. Une approche plus précise : formulation de l'objet et de la nature des réserves. – Peu d'auteurs indiquent les qualités visées par une réserve d'agrément ; seules la solvabilité et la moralité reviennent parfois dans les écrits[476]. Dans le sillage de l'approche classique, ce constat se comprend, car l'*intuitus personae* permet à l'offrant de « refuser de contracter sans autre motif que le fait que la personne qui se présente ne lui plaît pas »[477] : si toute qualité peut faire l'objet d'une réserve d'agrément, il est inutile d'en préciser l'objet dans un cas d'espèce.

1° Toutefois, selon nous, il existe un intérêt à énoncer soigneusement l'objet d'une réserve depuis l'entrée en vigueur des lois antidiscrimination.

Une réserve ne peut effectivement pas reposer sans raison sur un des critères protégés par les lois antidiscrimination du 10 mai 2007[478]. Ces lois s'appliquent à maintes offres et

---

[472] Cass. fr. soc., 15 décembre 2010, *Bull. civ.*, 2010, V, p. 334.
[473] *Ibidem*.
[474] A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 784, n° 43.
[475] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 492, n° 499*bis*.
[476] Voy. not. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 , spéc. note 40 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.11 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12, spéc. note 47 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5.
[477] A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 787, n° 47.
[478] Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007 (dite loi « générale ») ; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007 (dite loi « genre ») ; loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 30 mai 2007 (dite loi « anti-racisme »).

annonces publiques[479]. Ces dernières ne peuvent notamment pas contenir de réserve sur l'âge, sur la naissance, sur la fortune, sur l'état de santé ou sur une caractéristique physique sans un motif légitime, pertinent et proportionné au but poursuivi[480]. L'offrant doit démontrer que sa réserve se fonde sur un critère objectif de distinction, à défaut de quoi cette restriction présentera un caractère discriminatoire et encourra la nullité si elle figure dans son offre (*infra*, n° 96)[481].

L'ordonnance du Président du Tribunal de première instance de Namur du 5 mai 2015[482] illustre l'importance du contrôle judiciaire des réserves. Un bailleur avait émis une réserve sur la solvabilité d'un candidat-locataire, qui ne disposait pas d'un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée. Plusieurs législations antidiscrimination protègent cette qualité sous l'angle de l'interdiction de la discrimination sur la fortune[483]. Selon le Président du Tribunal, la réserve sur la solvabilité ne reposait pas *in casu* sur un objectif légitime, puisque « X. exclut *de facto* la candidature de locataires qui, tout en étant parfaitement solvables car bénéficiant de revenus réguliers (en tout cas pas moins que les salariés "à durée indéterminée" dont l'emploi n'en est pas pour autant garanti), ne sont néanmoins pas des travailleurs actifs : les bénéficiaires de revenus mobiliers ou immobiliers, les couples pensionnés, d'invalides, etc. »[484].

Dans cette logique, il faut préciser l'objet de la réserve alléguée par l'offrant afin de pouvoir se prononcer sur sa validité. La référence à la nature abstraite de la convention manque parfois de précision pour atteindre ce résultat. Il nous semble donc nécessaire de raisonner *in concreto* sur la base des outils dégagés dans le domaine de l'erreur sur la personne : l'examen des clauses de l'offre, de l'objet concret des obligations des parties ou de la finalité contractuelle s'impose en principe pour déterminer les qualités que l'*errans* considère comme essentielles lors de la formation du contrat ; la référence à la nature abstraite de la prestation, à la loi ou à un usage permet aussi de présumer de l'importance de certaines d'entre elles (*supra*, n° 64).

---

[479] Les lois du 10 mai 2007 s'appliquent, tant pour le secteur public que le secteur privé, aux offres ou annonces d'emploi, à « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public » ainsi qu'à « l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public » dans les matières fédérales (article 5 de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; article 6 de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 5 de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie). Voy. not. sur le champ d'application de ces lois et les difficultés liées à la répartition des compétences entre les entités fédérées et fédérale : C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 25-33, n^{os} 12-14 ; S. GANTY et M. VANDERSTRAETEN, « Actualités de la lutte contre la discrimination dans les biens et services, en ce compris l'enseignement », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 188-192, n^{os} 8-11.

[480] Article 4, 4°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

[481] Voy. not. sur l'application des lois antidiscrimination à l'offre : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; B. RENAULD, obs. sous Bruxelles 26 mai 2011, *A.P.T.*, 2012, p. 708 ; C. CAUFFMAN, « Discriminatie en bijzondere overeenkomsten », *R.W.*, 2006-2007, p. 299, n° 47. Cons. not. sur la justification des distinctions de traitement protégées : J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 51-56, n^{os} 15-18.

[482] Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 781.

[483] Voy., en ce qui concerne le contrat de bail, au niveau de la Région wallonne : l'article 6, 7°, du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 28 mars 2018 ; l'article 4, 5°, du décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 19 décembre 2008.

[484] Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, spéc. p. 782.

2° Certains auteurs français pensent que déduire une réserve d'agrément de la nature du contrat projeté présente le risque, comme d'autres l'ont écrit au sujet de l'erreur sur la personne, de fonder son opinion sur une analyse qui manque parfois de nuance[485] (*supra*, n° 33).

Cette observation a reçu un écho dans le cadre de l'offre de contracter. Dans un arrêt du 31 janvier 1966, la Cour de cassation française a admis qu'une offre de vente assortie de facilités de paiement contenait normalement une réserve tacite d'agrément[486]. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ont remis en cause cette décision, en soulignant que « Ce raisonnement qui a directement motivé la solution donnée par la Cour de cassation, s'il paraît sans faille, est peut-être *d'une logique trop abstraite*. Il semble qu'il ne tienne pas compte d'une tendance qui a été finement mise en lumière, tendance qui veut que les effets de l'*intuitus personae* "se nuancent pour satisfaire sans cesse davantage les besoins de la pratique" »[487] ; de ce fait, ajoutent ces auteurs, « lorsque le commerçant, dans sa publicité, indique exactement le moment du payement et les modalités juridiques du crédit proposé, comme c'était le cas dans la présente espèce, il fixe une clause du futur contrat à laquelle normalement tout client pourra prétendre. Il manifeste bien sa volonté, sinon d'écarter l'*intuitus personae*, du moins restreindre la portée en renonçant à s'en prévaloir arbitrairement. On voit mal pourquoi on ne tiendrait pas compte de cette déclaration de volonté, pourquoi on ne pourrait pas la retenir comme une offre »[488].

L'offre publique de location illustre l'intérêt d'une approche détachée de la référence à la nature abstraite du contrat à conclure. Dans un arrêt du 16 mai 1928, la Cour d'appel de Lyon a affirmé que « la location est un des contrats où l'*intuitus personae* joue un rôle prépondérant ; […] par suite, lorsque, en réponse à une insertion parue dans un journal on écrit à un inconnu pour lui faire connaître qu'on est disposé à louer, moyennant un prix déterminé, un local se composant d'un certain nombre de pièces, on ne saurait voir dans cette déclaration un engagement ferme et irrévocable du souscripteur l'obligeant à accepter comme locataire le premier individu venu, quelles que soient sa moralité, sa solvabilité et sa situation de famille »[489]. Selon la Cour, le caractère *intuitu personae* du contrat de bail emporte donc toujours la disqualification de l'offre de location en une annonce qui ne lie jamais le bailleur.

Toutefois, H. De Page rappelle à bon droit que « le bail n'est pas un contrat *intuitu personae*. C'est donc erronément cette fois qu'on a invoqué cette théorie pour décider qu'un bailleur qui répond à une demande de location faite par voie des journaux n'est pas lié, lorsque cette réponse s'adresse à un inconnu »[490]. D'autres confirment que le bail n'entre pas dans la catégorie des conventions conclues *intuitu personae*[491]. De ce fait, il parait délicat de présumer

---

[485] Voy. not. à ce sujet dans le domaine de l'erreur sur la personne : P. GUIHO, Obs. sous Paris 7 juin 1973 et T.G.I. Avranches 10 juillet 1973, *D.*, 1974, jurispr., p. 178 ; G. GOUBEAUX, Obs. sous Paris 7 juin 1973, *J.C.P.*, 1973, 17539 ; G. CORNU, Obs. sous Trib. Civ. Grenoble 13 mars et 20 novembre 1958, *D.*, 1959, jurispr., p. 496.

[486] Cass. fr. com., 31 janvier 1966, *D.*, 1966, p. 537, note M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.

[487] Nous soulignons. Voy. à cet égard : M. CABRILLAC et J.-M. RIVES-LANGE, obs. sous Cass. fr. com. 31 janvier 1966, *D.*, 1966, p. 538.

[488] *Ibidem*.

[489] Lyon, 16 mai 1928, *D.P.*, 1928, II, p. 197, note P. VOIRIN, *S.*, 1928, II, p. 135, note R. DEMOGUE.

[490] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 492, n° 499*bis*, spéc. note 1.

[491] Voy. not. dans ce sens : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 377-378, n° 362 ; W. GOOSSENS, « Begripsomschrijving », in *Handboek Algemeen huurrecht*, M. DAMBRE, B. HUBEAU et S. STIJNS (éds.), Bruges, die Keure, 2006, p. 3, n° 6 ; R. VAN RANSBEECK,

l'existence d'une réserve subjective sur la moralité ou sur la situation de famille en toutes circonstances ; de même, si une réserve sur la solvabilité se conçoit souvent en pratique, d'aucuns pensent que la nature objective de cette restriction ne disqualifie pas l'offre en simple invitation à entrer en pourparlers. Tel est le cas, par exemple, de l'offre publique de vente[492].

En conclusion, la doctrine et la jurisprudence ne s'accordent pas sur la nature *intuitu personae* du bail, ni sur les qualités normalement prises en compte par le bailleur : il est donc plus précis de statuer *in concreto* sur l'objet et la nature des réserves à l'offre publique de bail.

§3. – Conclusion intermédiaire

77. Base : réserve d'agrément tacite présumée sur la base de la nature *intuitu personae* du contrat projeté. – Une offre acquiert un effet obligatoire et contraint donc son auteur à la maintenir lorsqu'elle revêt un caractère complet, ferme et que son auteur l'extériorise.

Selon une conception classique, une offre de contracter comporte toujours une réserve tacite d'agrément lorsque la convention projetée a une nature *intuitu personae*. Cette réserve subjective disqualifie alors la pollicitation en une simple proposition à entrer en pourparlers ; l'offrant conserve, en principe, le choix discrétionnaire de son acceptant (*supra*, n° 72).

Il existe peu d'exemples qui illustrent ces propos. À cet effet, les auteurs se fondent toujours sur les annonces de crédit, d'emploi et même de location : aussi le caractère *intuitu personae* de ces conventions permet-il à l'annonceur de conserver la maitrise sur leur conclusion en dépit de toute acceptation. Il en résulte alors une inversion des rôles entre l'offrant et l'acceptant : « le véritable offrant est celui qui répond à la proposition sujette à confirmation et soumet ainsi sa manifestation de volonté à l'acceptation de l'autre partie »[493] (*supra*, n° 73).

78. Axes d'amélioration : une approche plus complète et plus précise. – L'approche classique de la réserve d'agrément à l'offre de contracter n'emporte pas toujours la conviction.

Selon nous, il est vrai que l'existence d'une réserve tacite d'agrément se conçoit dans certains cas. Dans quelques espèces, les juridictions ont admis à bon droit la présence d'une réserve subjective à l'annonce d'emploi, dans la mesure où la nature de la fonction proposée justifiait que l'employeur teste les compétences des candidats à l'emploi (*supra*, n° 74).

Toutefois, cette approche peut faire l'objet de deux axes d'amélioration.

Primo, en pratique, les cours et tribunaux ont reconnu le caractère parfaitement ferme d'une offre *intuitu personae* adressée à une *personne déterminée*. La considération de la personne n'implique donc pas nécessairement une réserve d'agrément tacite dans cette catégorie de pollicitation ; certains auteurs écrivent, à cet égard, qu'il faut vérifier si l'offrant avait concrètement connaissance de l'acceptant avant d'admettre la réserve (*supra*, n° 75).

« Geldigheidsvoorwaarden », in *Handboek Algemeen huurrecht*, M. DAMBRE, B. HUBEAU et S. STIJNS (éds.), Bruges, die Keure, 2006, p. 275, n° 619.

[492] Voy. not. à cet égard : C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 556, n° 13 (pour la vente publique immobilière) ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, pp. 165-166, n° 7 (pour la vente publique sur internet) ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45 (pour toute offre de vente publique).

[493] D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 87, n° 143.

Secundo, il semble utile de déterminer l'objet d'une réserve – c'est-à-dire la qualité visée – afin de voir si cette restriction tombe sous le coup des lois antidiscrimination. Dans ce cas, l'offrant doit prouver que sa réserve repose sur un motif légitime, pertinent et proportionné à l'objectif poursuivi. Toutefois, la référence à la nature *intuitu personae* du contrat projeté ne permet pas toujours d'indiquer l'objet de la réserve. L'annonce publique de location témoigne aussi de l'intérêt à affiner l'approche classique. En effet, vu l'absence de consensus sur le caractère *intuitu personae* du bail, admettre automatiquement la disqualification de l'offre de location en raison d'une réserve tacite d'agrément manque parfois de précision (*supra*, n° 76).

79. Proposition : approche concrète de l'objet et de la nature des réserves à l'offre *intuitu personae*. – En conclusion, vu les observations émises par une partie de la doctrine, nous pensons qu'il est utile de se détacher de la nature préétablie du contrat à conclure afin de comprendre toutes les difficultés posées par l'*intuitus personae* dans le domaine des réserves.

Dans cette logique, nous verrons qu'il faut se référer aux outils dégagés dans le cadre de l'erreur sur la personne pour déterminer précisément l'*objet des réserves* : il y a place pour l'examen des clauses de l'offre, de l'objet concret des obligations des parties et de la finalité contractuelle. Nous montrerons aussi que la loi ou qu'un principe de bonne conduite peut obliger l'offrant à émettre une réserve sur une qualité de l'acceptant. Une approche objective de la volonté de l'offrant ne disparait pas, mais son importance se réduit (*infra*, n^{os} 85-88).

Une lecture à la base concrète de *la nature des réserves* de contracter s'impose également. Dans ce contexte, nous verrons que le pouvoir d'appréciation de l'offrant dépend de la précision et de la clarté avec laquelle il a libellé sa restriction ainsi que de l'impact des différentes lois antidiscrimination. Sous cet angle, il est possible que la présence de l'*intuitus personae* n'entraine pas la disqualification d'une offre de contracter (*infra*, n^{os} 92-95).

En définitive, l'étude de l'*intuitus personae* dans la pollicitation ne se limite pas à la réserve d'agrément : il convient de construire le régime des réserves à l'offre *intuitu personae* ou, pour reprendre une expression utilisée par un auteur, le régime des *réserves personnelles*[494].

[494] R.L. MOREL, « Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles », *RTD. civ.*, 1908, pp. 289 et suivantes.

Section 2. Le régime des réserves personnelles à l'offre *intuitu personae*

80. Plan. – Nous débuterons cette section par le champ d'application des réserves personnelles dans le domaine des offres *intuitu personae* faites au public. Nous verrons, à cet égard, qu'il existe à proprement parler peu de réserves tacites d'agrément en pratique (**§1er**). Ensuite, nous décrirons la méthode qui permet de préciser l'*objet* des réserves personnelles : nous examinerons cette question dans le cadre des annonces publiques de crédit, d'emploi et de location et nous énoncerons les spécificités de la pollicitation adressée à personne déterminée dans le même temps (**§2**). Enfin, dans un dernier paragraphe, nous étudierons la *nature* des réserves personnelles dans les annonces publiques de crédit, d'emploi et de location (**§3**).

§1er. – Champ d'application des réserves personnelles à l'offre intuitu personae faite au public

81. Réserve d'agrément à l'offre *intuitu personae* : un effet souvent théorique. – La réserve d'agrément constitue un principe souvent plus théorique qu'il y parait. En effet, dans la plupart des hypothèses, il nous semble que la disqualification d'une offre publique en simple invitation à entrer en pourparlers résultera de circonstances étrangères à une réserve subjective.

82. Fermeté et caractère (in)complet de l'offre *intuitu personae* faite au public. – Dans les faits, il apparait que la disqualification d'une offre adressée au public découle fréquemment de son absence de caractère complet et, en particulier, de l'indétermination de son objet.

1° La définition exacte de l'objet des obligations des cocontractants dépend parfois étroitement de la personnalité de l'un d'eux. Dans ce cas, une offre adressée au public ne peut pas revêtir un *caractère complet* avant d'y avoir intégré la personnalité de cette partie.

Le domaine des crédits accordés aux entreprises et titulaires de professions libérales l'illustre. Ces offres publiques de crédit mentionnent parfois le montant à emprunter, mais presque jamais le taux d'intérêt que devra supporter le candidat-emprunteur. Il s'agit pourtant d'un élément essentiel sans lequel la convention de crédit ne peut pas exister[495]. Cette lacune se comprend car la fixation du taux d'intérêt peut difficilement se réaliser *a priori* pour cette sorte de crédits : sa détermination dépend du risque représenté par l'emprunteur et, de ce fait, de facteurs tenant sa personnalité, au but du financement sollicité, à sa forme ainsi qu'aux garanties présentées[496] ; la personne du crédité s'incorpore dans la prestation de la banque, dans

[495] J.-P. BUYLE, « La dénonciation du crédit », *D.B.F.*, 1988, n° 9, p. 44, n° 3 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 195, n° 8.

[496] Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 30-31 ; A. THIRY, P. FABRY et J. MERCIER, *Manuel des crédits*, 2e éd., Bruxelles, Éd. Crédit Général, 1977, pp. 21-22 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 29-30. Selon nous, le fait que l'établissement de crédit emploie des techniques objectives de *credit scoring* ne modifie pas ce raisonnement tant pour les clients qui lui sont encore inconnus – les « *prospects* » en pratique – que pour les clients qu'il connait déjà. Dans les deux cas, la banque devra adapter l'annonce publique de crédit en fonction des information dont elle dispose sur ce client ou qu'elle lui demandera. Voy. sur le fonctionnement concret des techniques de *credit scoring* : K. H. CHYE, T. W. CHIN et G. C. PENG, « Credit Scoring Using Data Mining Techniques », *S.M.R.*, 2004, pp. 25-47.

les modalités de mise à disposition des fonds et donc dans le taux d'intérêt demandé. C'est pour cette raison qu'en principe, une offre publique de crédit présente un caractère incomplet[497].

À notre sens, ce raisonnement s'applique aussi aux contrats d'assurance dans lesquels la personne de l'assuré définit la portée de la prestation de l'assureur et dès lors la prime que ce dernier pourra lui réclamer. Ainsi en est-il des assurances de personne – telles que l'assurance vie – ou de certaines assurances indemnitaires – telles que l'assurance de crédit, l'assurance solde restant dû ou l'assurance de responsabilité civile professionnelle[498]. Cette idée ne constitue qu'une variante de la règle applicable à toute annonce publique d'assurance. En effet, pour H. De Page, « les bases du contrat ne seront définitivement précisées, et la manifestation de volonté de l'assureur ne sera possible, que lorsque les risques à couvrir seront connus par le questionnaire, intitulé "proposition d'assurance" que le futur assuré doit remplir »[499].

2° En pratique, il arrive que d'autres offres publiques présentent un caractère incomplet pour des raisons étrangères à l'*intuitus personae*.

Le cas des offres publiques d'emploi le montre. L'article 8 de la Convention collective du travail n° 38 prescrit les différentes mentions qu'une telle offre doit comporter[500]. Selon cette disposition, « L'offre d'emploi doit contenir les indications suivantes : la nature de la fonction ; les exigences posées pour l'exercice de la fonction, le lieu où la fonction doit être exercée […] ; le cas échéant, l'intention de constituer une réserve de recrutement ; le mode de postulation ». Dans ce cadre, il apparait que le libellé de l'article 8 ne fait pas mention de la rémunération du travailleur ni du temps de travail, alors qu'il s'agit d'éléments essentiels du contrat de travail[501] : si une offre d'emploi suit les exigences posées par la Convention collective du travail n° 38, elle ne constitue donc jamais une véritable offre complète au sens juridique du terme.

Ce constat s'applique également à la plupart des offres publiques de location d'habitation. Aux termes de l'article 5 du décret du 15 mars 2018, une telle offre publique doit comporter le montant du loyer hors charges, le montant et la nature des charges communes comme privatives ainsi que leur caractère forfaitaire ou provisionnel[502]. Cette disposition ne requiert pas une description complète du bien mis en location ; il en va aussi ainsi pour presque toutes les annonces faites par voie d'affiches ou de journaux. Ces annonces ne comportent pas un objet suffisamment déterminé ou déterminable qui permet au candidat-locataire de savoir à

---

[497] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 52, n° 41.

[498] Voy. pour un aperçu du caractère *intuitu personae* de ces différentes sortes d'assurance : P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, pp. 5-6 ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482 ; L. SCHUERMANS et C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, 3e éd., Anvers, Cambridge – Intersentia, 2015, p. 847, n° 1099 ;

[499] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 491, n° 499*bis*.

[500] Voy. not. sur ces mentions : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 78-80, n° 99 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 229-230, n° 276 ; A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 116-117 ; J.-Ph. CORDIER, « Les informations à fournir dans la phrase précontractuelle du contrat de travail », in *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant un contrat ?*, Bruxelles – Anvers, Bruylant – Kluwer, 2006, pp. 370-371 ; R. VAN VAERENBERG, « Recrutement et sélection des travailleurs », *Ors.*, 1990, pp. 65-70.

[501] Voy. not. pour la rémunération : Cass., 2 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 129.

[502] Dans le cadre du bail de résidence principale, l'article 1716 du Code civil requiert la mention du montant du loyer et des charges communes – mais non privatives – dans toute annonce de location adressée au public.

quoi il s'engage en acceptant l'annonce[503]. C. Delforge écrit alors, à juste titre, que « l'envoi d'un projet de bail constitue, en principe, une offre "à personne déterminée" – ou davantage la preuve d'une telle offre – alors que la plupart des annonces paraissant dans la presse ne peuvent être qualifiées de telles. L'évidence s'impose, dans le premier cas, par la précision des éléments essentiels – voire également substantiels –, mais aussi par le choix d'un destinataire déterminé, alors qu'ils font précisément défaut dans le second »[504]. L'intérêt pratique de la réserve d'agrément ne se conçoit donc que dans des situations relativement rares[505].

83. Formalisme de protection et caractère complet de l'offre *intuitu personae* faite au public. – Une multitude de législations régissent la conclusion du contrat. Une partie d'elles prescrit un formalisme de protection qui a de l'influence sur l'existence d'une offre publique.

Tel est le cas des législations protectrices du consommateur qui instaurent un formalisme de validité. Les crédits accordés aux consommateurs le prouvent. Dans ce domaine, les publicités de crédit énoncent normalement le montant à emprunter et le taux d'intérêt demandé. Toutefois, s'agissant du crédit à la consommation, l'article VII.78, §§2 à 4, du Code de droit économique impose que le contrat soit conclu sur un support durable et qu'il contienne une série de conditions et de mentions dont le consommateur doit prendre connaissance avant de marquer son accord : il s'agit notamment de la durée du contrat de crédit, des conditions de prélèvements du crédit, du taux annuel effectif global ou de la procédure pour mettre fin au contrat[506]. L'article VII.134 du Code de droit économique prévoit un régime similaire pour les crédits hypothécaires[507]. D'aucuns précisent que ces formes confèrent un caractère solennel aux crédits accordés aux consommateurs[508]. Cependant, en pratique, ces conditions contractuelles et ces mentions ne figurent jamais toutes dans la publicité de crédit faite au public compte tenu

[503] Voy. sur l'importance de la description précise de la chose louée : M. HIGNY, « Le bail de droit commun », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. III, L. 33*bis*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 35, n° 430.

[504] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 558, n° 19. Voy. dans un sens similaire : D. JANSSEN, « La formation du contrat de bail et les conditions de validité », in *Le droit commun du bail*, G. BENOÎT, I. DURANT, P.A. FORIERS, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), Bruxelles, la Charte, 2006, p. 69, n° 6.

[505] Certaines annonces affichées sur internet comportent une description très fouillée de l'immeuble mis en location ainsi que du loyer demandé. Cependant, les sites internet assortissent toujours ces annonces d'une réserve d'agrément ; une telle réserve peut également figurer dans les conditions générales d'utilisation du site.

[506] Voy. not. sur ces conditions contractuelles et ces mentions : D. BLOMMAERT, « Les principes relatifs au droit du crédit à la consommation », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, Waterloo, Kluwer, 2016, pp. 494-497, nos 651-654 ; R. STEENNOT, « Le formalisme d'information et de conclusion du contrat », in *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, C. BIQUET-MATHIEU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 170, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 73-79, nos 3-14.

[507] Voy. not. sur ces conditions contractuelles et ces mentions : S. DAVIDTS et B. CAULIER, « De la publicité à l'offre de crédit », in *Le crédit hypothécaire au consommateur. État de la question*, C. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 124-126, nos 13-14 ; C. BIQUET-MATHIEU, « La conclusion du contrat de crédit », in *Le crédit hypothécaire au consommateur. État de la question*, C. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 189-193, nos 4-7.

[508] Voy. not. en ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 404, n° 246 ; F. DE PATOUL, « L'incidence de la conclusion du contrat de crédit à la consommation sur le contrat d'achat d'un bien financé », obs. sous. J.-P. Bossu 28 novembre 2008, *J.P.P.*, 2012, p. 167, n° 4.

de leur ampleur[509]. Ces offres publiques nous semblent donc présenter un caractère incomplet *ab initio*, puisqu'elles ne comprennent pas tous les éléments essentiels du contrat[510].

Les règles relatives à l'information précontractuelle s'inscrivent dans cette logique. Ces dispositions régissent la conclusion des accords de partenariat commercial tels que les contrats de franchise, d'agence commerciale ou de concession de vente[511]. Les fournisseurs font parfois appel au public afin de recruter les distributeurs de leur réseau. Dans ce cas, les articles X.26 à X.34 du Code de droit économique imposent au fournisseur de faire parvenir un dossier d'information précontractuelle ainsi que le projet d'accord au candidat à peine de nullité. Ce dernier dispose alors d'un mois, à dater de l'envoi, pour accepter le projet, le refuser ou proposer des modifications. Dès lors, l'annonce de recrutement initialement adressée au public se conçoit comme une simple invitation à entrer en pourparlers et non comme une véritable offre : son acceptation ne peut pas entrainer la conclusion du contrat ; seule l'acceptation du dossier d'information précontractuelle et du projet d'accord par le candidat peut avoir cet effet[512].

84. Effet des articles VI.83, 1°, du Code de droit économique et 13, alinéa 1er, de la loi relative au financement des P.M.E. sur l'agrément du consommateur et de la P.M.E. – Selon l'article VI.83, 1°, du Code de droit économique, une clause est abusive si elle prévoit « un engagement irrévocable pour le consommateur, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ». L'article 13, alinéa 1er, de la loi relative au financement des P.M.E. énonce le même principe[513].

Conformément à ces deux dispositions, une clause contractuelle ne peut pas faire penser au consommateur ou à la P.M.E. que son acceptation a entrainé la conclusion du contrat, alors qu'il se trouve seul engagé et que l'entreprise ou le prêteur demeure libre de s'exécuter ou non ; l'article VI.83, 1°, interdit donc que le consommateur ou la P.M.E. s'engage fermement, alors que l'entreprise ou le prêteur conserve le droit de l'agréer ou de ne pas l'agréer. Selon C. Biquet et C. Delforge, « il est ainsi interdit au prêteur de soumettre à la signature du consommateur ou d'une P.M.E. un formulaire de contrat de crédit prérédigé par le prêteur par lequel la P.M.E. ou

---

[509] Le consommateur ne peut d'ailleurs pas s'engager par une promesse unilatérale sans avoir eu connaissance des formes imposées par le législateur. En effet, admettre le contraire reviendrait à vider le formalisme de protection de toute utilité (N. VANDENBERGH, « Les dernières évolutions en matière de crédit à la consommation », in *Actualités en matière de crédit*, E. VAN DEN HAUTE et Ch. VERDURE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 53 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 591, n° 368). Le principe vaut tant pour les crédits hypothécaires avec une destination immobilière que pour les crédits hypothécaires à destination mobilière accompagnés de la constitution d'une sûreté immobilière (C. BIQUET-MATHIEU, « La conclusion du contrat de crédit », in *Le crédit hypothécaire au consommateur. État de la question*, C. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 188, n° 2).

[510] Dans le cadre du crédit à la consommation, il convient d'ajouter que l'envoi d'une « offre de crédit » – ferme et définitive au sens de l'article I.9, 40°, du Code de droit économique – n'est valable que si le consommateur en a fait expressément et préalablement la demande (article VII.67, 3°, du Code de droit économique).

[511] M. DUPONT, « L'information précontractuelle dans les accords de partenariat commercial », *B.J.S.*, 2016, p. 8. Cons. également à ce sujet : L. DU JARDIN, « Mille-feuilles en droit de la distribution. Le principe de la convention-loi et l'obligation d'information précontractuelle à l'épreuve de la réalité », in *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, C. DELFORGE, S. STIJNS, et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2017, pp. 347-350, nos 1 à 8.

[512] P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et l'information précontractuelle », in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 110, Liège, Anthemis, 2009, pp. 235-236, n° 88.

[513] Loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises, *M.B.*, 31 décembre 2013.

le consommateur est alors tenu alors que le prêteur s'engage sous la condition de l'avis favorable du comité de crédit, ce qui constitue une condition purement potestative dans son chef. Une telle clause n'est cependant pas interdite si la P.M.E. elle-même ou le consommateur lui-même dispose d'un délai de réflexion pour décider s'il s'engage ou pas »[514].

La question de l'étendue de la nullité se pose lorsque l'engagement de l'entreprise ou du prêteur présente un caractère purement potestatif. Certains auteurs envisagent la nullité totale de la convention[515]. Cette sanction nous parait radicale pour le consommateur comme pour la P.M.E. qui n'y ont pas toujours intérêt en pratique. Dans cette logique, C. Biquet et C. Delforge écrivent, à bon droit, que « l'interdiction dont il est question aux articles VI.83, 1°, C.D.E. et 13, alinéa 1er, 1°, L.P.M.E. est le résultat d'une combinaison de clauses, à savoir d'une part la clause qui engage irrévocablement le crédité et d'autre part, la clause qui rend purement potestatif l'engagement du prêteur. Le consommateur a donc le choix. S'il veut bénéficier du crédit, il peut poursuivre l'annulation de la clause qui rend l'engagement du prêteur purement potestatif. S'il entend au contraire être délié du contrat de crédit, il peut poursuivre l'annulation de son engagement en raison du caractère purement potestatif de celui du prêteur »[516].

§2. – Objet des réserves personnelles à l'offre intuitu personae

85. Appréciation concrète de l'objet des réserves par le juge du fond. – Les juges apprécient souverainement la volonté de l'offrant, pour autant qu'ils ne méconnaissent pas la foi due à l'acte dont elle provient[517]. Dans un arrêt du 4 février 2013, la Cour de cassation a confirmé que « Le juge apprécie en fait si un contrat, qui, par nature, ne revêt pas un caractère *intuitu personae*, a été conclu en considération de la personne de l'un des cocontractants »[518].

Tout d'abord, l'objet d'une réserve personnelle – c'est-à-dire la qualité prise en considération – se détermine *in concreto* à la lumière de la volonté de l'offrant. Ce dernier peut formuler des réserves de façon expresse : ainsi en est-il lorsqu'une mention indique que l'offre vaut « sans engagement » ou « sous réserve d'acceptation de la solvabilité de l'acceptant »[519]. Une telle réserve peut résulter tacitement de l'examen de l'objet concret des obligations

[514] C. BIQUET et C. DELFORGE, « Clauses abusives et pratiques réglementées », in *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, C. BIQUET-MATHIEU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 170, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 283-284, nos 38-39. Voy. dans un sens similaire : C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 164, n° 6. À juste titre, une partie de la doctrine remarque que les articles VI.83, 1° et 13, alinéa 1er, 1° s'étendent à la promesse de contrat faite dans le chef du consommateur ou de la P.M.E. (N. VANDENBERGHE, « Les dernières évolutions en matière de crédit à la consommation », in *Actualités en matière de crédit*, E. VAN DEN HAUTE et Ch. VERDURE (éds.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Larcier, 2016, p. 53).

[515] N. VANDENBERGHE, « Les dernières évolutions en matière de crédit à la consommation », in *Actualités en matière de crédit*, E. VAN DEN HAUTE et Ch. VERDURE (éds.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Larcier, 2016, p. 53.

[516] C. BIQUET et C. DELFORGE, « Clauses abusives et pratiques réglementées », in *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, C. BIQUET-MATHIEU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 170, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 285, n° 40.

[517] Cass., 27 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1216. Voy. dans le même sens : Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127.

[518] Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 307.

[519] Voy. not. pour d'autres exemples des réserves expresses : C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 554-555, n° 11 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 163, n° 5.

projetées par l'offrant[520] et, à titre complémentaire, de l'objectif qu'il poursuit concrètement[521]. Par exemple, une réserve tacite sur l'honorabilité financière d'un candidat à l'emploi se conçoit lorsque la fonction projetée requiert de manipuler des fonds. Cette qualité s'avère alors indispensable pour assurer la bonne exécution des obligations envisagées par l'employeur.

Il arrive qu'une réserve personnelle se déduise également *in abstracto* d'une présomption d'*intuitus personae*. Cette dernière se fonde parfois objectivement sur la nature même de la prestation que l'acceptant doit accomplir[522] : selon certains, les qualités physiques d'un mannequin déterminent toujours le consentement du cocontractant, puisqu'elles constituent l'objet même des prestations qu'il doit accomplir[523]. Une présomption d'*intuitus personae* peut aussi ressortir de la loi. En effet, s'agissant du crédit hypothécaire, la réserve sur la solvabilité du consommateur s'explique à la lecture de l'article VII.133, §1er, du Code de droit économique. Le libellé de cette disposition prévoit que « Le prêteur procède, avant la conclusion du contrat de crédit, à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur et vérifie que le consommateur sera à même de respecter ses obligations de remboursement ».

Enfin, en présence de circonstances exceptionnelles, une réserve implicite à l'offre publique peut se justifier au regard du comportement de l'acceptant. Il s'agit du cas où des hôteliers ou des propriétaires de salles de spectacle refusent de contracter avec un individu qui fait scandale ou qui se trouve en état d'ébriété[524]. Pour plusieurs auteurs, cette réserve se fonde sur un *intuitus personae* négatif de faible intensité, c'est-à-dire sur un *intuitus personae noxiae*[525]. M. Contamine-Raynaud pense ainsi que « Par l'inclusion de cet élément d'*intuitus personae* négatif, l'offrant accepte de contracter avec quiconque sauf ceux qui présenteraient telle ou telle caractéristique »[526]. Ce point de vue nous parait artificiel[527]. Selon nous, il convient d'admettre l'existence d'une réserve générale à l'offre publique lorsque l'offrant peut démontrer que le comportement de l'acceptant lui cause un dommage ou cause un dommage à

---

[520] Voy. pour ces principes dans le cadre de l'erreur sur la personne : Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN. Voy. en doctrine française à ce sujet : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 35 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 257, n° 376.

[521] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 64. Voy. pour la référence à la finalité contractuelle en doctrine au sujet de l'erreur-vice de consentement : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 256, n° 140.

[522] Voy. pour la référence à la nature abstraite de la convention à propos de l'erreur-vice de consentement : A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 13, n° 14.

[523] Voy. dans le cadre de l'erreur sur la personne : Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697

[524] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, n° 526 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. III, Gand, Éd. Fecheyr, 1947, pp. 38-55, n° 14. Voy. en droit français : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Dalloz, 1937, rééd. 2004, p. 36 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 209, n° 84.

[525] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 54, n° 43 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 209, n° 84.

[526] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 54, n° 43.

[527] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, n° 526. Voy. pour une critique dans le même sens en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 211-212, n° 380.

un tiers[528]. C'est pour cette raison que H. De Page écrit « [qu'en] cas de contestation, [on doit] décider que l'offre ne peut être rétractée que pour *justes motifs*, à apprécier par le juge »[529].

Nous montrerons que ces principes permettent de déterminer l'objet des réserves personnelles dans les offres publiques de crédit, d'emploi et de location (**A**). Nous partirons du postulat que ces annonces ont un caractère complet. Partant, au niveau terminologique, nous parlerons « d'offres » bien qu'il s'agisse rarement du cas en pratique. Nous verrons aussi les particularités que ces réserves revêtent dans le cadre de l'offre à personne déterminée (**B**).

A. L'objet des réserves personnelles dans les offres adressées au public

86. Objet des réserves personnelles dans les offres publiques de crédit. – La décision d'octroi d'un crédit repose sur les qualités du demandeur, sur l'objectif du crédit sollicité, sur la forme du financement la mieux adaptée et sur les garanties présentées[530] ; le principe « *kwow your customer* » impose à la banque de vérifier le profil de tout candidat potentiel, qu'il s'agisse d'un inconnu – un « *prospect* » – ou d'un client avec qui elle a déjà une relation d'affaires[531].

1° Dans cette logique, il apparait qu'une offre publique de crédit comprend objectivement une réserve implicite sur la solvabilité du candidat-emprunteur[532].

Lors d'une décision du 19 octobre 2011, la Cour d'appel de Gand a rappelé que « *Een zorgvuldig bankier dient, alvorens een krediet toe te kennen, nauwgezet te informeren naar de financiële, vermogensrechtelijke en economische situatie en perspectieven van zijn potentiële contractant* »[533]. La réserve sur la solvabilité se fonde donc sur une règle de bonne conduite que tout établissement de crédit normalement prudent et diligent doit respecter : si le banquier ne peut pas s'ingérer dans les affaires de son client, il a cependant l'obligation de se *renseigner activement* sur sa situation financière[534]. Une banque doit effectivement prendre des risques mesurés quand elle octroie un crédit, de sorte qu'elle ne peut pas se borner à prendre en considération les garanties réelles ou personnelles apportées par le candidat-emprunteur[535].

---

[528] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Dalloz, 1937, rééd. 2004, p. 36.
[529] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, n° 526.
[530] Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 31-33 ; A. THIRY, P. FABRY et J. MERCIER, *Manuel des crédits*, 2e éd., Bruxelles, Éd. Crédit Général, 1977, pp. 21-22 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 38-39.
[531] Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 33.
[532] Cass. fr. com., 31 janvier 1966, *D.*, 1966, p. 537, note M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE. Voy. également au sujet de cette réserve en doctrine française : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 237-238, n° 354.
[533] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189, spéc. p. 1197.
[534] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.
[535] Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787. Ce devoir se fonde sur la nature de l'activité de crédit. En effet, selon R. Brouw, « Le risque que peut prendre une banque dans le domaine de l'octroi de crédit doit par conséquent être maintenu dans des limites étroites. D'une part, la banque travaille principalement avec des fonds de tiers (il n'y a pas de plus grands débiteurs que les banquiers et ceux-ci sont heureusement parfaitement conscients de leurs obligations à l'égard de la communauté épargnante) et d'autre part elle ne reçoit en rémunération qu'un intérêt déterminé par le marché monétaire sans aucune prime de risque ni encore moins de part du bénéfice résultant de l'opération qu'elle a financée » (R.

Le législateur a consacré ce principe de bonne conduite à plusieurs reprises et l'a parfois étendu à la personne qui constitue une sûreté personnelle au profit du crédité. Pour le crédit à la consommation, l'article VII.77, §1er, du Code de droit économique prévoit notamment que « Le prêteur procède, avant la conclusion du contrat de crédit, à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur et vérifie que le consommateur sera à même de respecter ses obligations de remboursement. Il procède également à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité des personnes qui ont constitué une sûreté personnelle ». L'article 5 de la loi du 21 décembre 2013, relative au financement des P.M.E., prescrit une obligation d'investigation similaire.

2° Dans le même ordre d'idées, il est admis que toute offre de crédit faite au public comporte objectivement une réserve sur l'honorabilité financière du demandeur[536].

Cette réserve découle également du devoir de bonne conduite qui pèse sur les épaules du dispensateur de crédit : ainsi toute banque normalement prudente et diligente doit-elle s'enquérir de l'utilisation des fonds sollicités par le candidat au crédit. Comme l'a expliqué le Tribunal de commerce de Bruxelles dans une décision du 12 septembre 2000, « Le devoir d'investigation du banquier porte également sur la licéité du crédit dès lors que celui-ci ne peut prêter son concours à une activité illite »[537] ; de même, s'il ne s'intéressait pas à l'activité de ses clients, l'établissement de crédit risquerait d'engager sa responsabilité envers les tiers[538].

Dans ce cadre, la loi anti-blanchiment du 18 septembre 2017[539] impose aux institutions financières d'identifier leur client[540], d'évaluer leurs caractéristiques ainsi que la nature et l'objet de la relation d'affaires ou de l'opération occasionnelle qu'ils envisagent de nouer[541] ; les institutions financières doivent aussi exercer une vigilance continue sur les relations d'affaires et des opérations atypiques de leurs clients[542]. Une banque doit notamment refuser de nouer une relation d'affaires avec un client qui présente un risque trop élevé au regard d'opérations atypiques[543], c'est-à-dire des opérations qui ne sont pas cohérentes par rapport à ses caractéristiques, à son profil de risque, à la relation d'affaires ou à l'opération occasionnelle et qui sont donc susceptibles d'être liées au blanchiment ou au financement du terrorisme[544].

BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, p. 38).

[536] Voy. not. : J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.12 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45.

[537] Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, spéc. p. 794. Voy. dans un sens similaire : Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.P. BUYLE ; Civ. Bruxelles, 5 mars 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 981.

[538] Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.P. BUYLE, spéc. p. 1034.

[539] Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017.

[540] Articles 21 à 33 de la loi du 18 septembre 2017.

[541] Article 34 de la loi du 18 septembre 2017.

[542] Articles 35 et 36 de la loi du 18 septembre 2017.

[543] Voy. not. article 35 de loi du 18 septembre 2017.

[544] Voy., à cet égard, au niveau de la Banque nationale de Belgique (la « B.N. ») : l'article 1er, 6°, du Règlement de la banque nationale de Belgique du 21 novembre 2017 relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *M.B.*, 22 décembre 2017. Voy. au niveau de la *Financial Services and Markets Authority* (la « F.S.M.A. ») : l'article 1er, 7°, du Règlement du 3 juillet 2018 de l'Autorité des services et marchés financiers relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *M.B.*, 7 août 2018.

3° Enfin, dans les offres publiques de crédits accordés à des professionnels – comme les entreprises ou les titulaires de professions libérales –, d'aucuns admettent une réserve sur les capacités techniques, l'expérience et même sur la réputation du demandeur de crédit[545].

Les banques accordent souvent des crédits dans des secteurs économiques et industriels qu'elles connaissent relativement peu en profondeur. En principe, elles s'interrogent donc sur le *but du crédit* demandé afin, de la sorte, de déterminer si le candidat a les compétences et l'expérience nécessaires pour assurer la bonne exécution de son projet[546]. Ainsi, « Le prêteur détermine la volonté de l'emprunteur à rembourser son prêt. Il vérifie les documents archivés de l'emprunteur, y compris son historique de crédit, sa réputation ainsi que la stabilité de son entreprise. L'emprunteur doit prouver qu'il est un chef d'entreprise confiant et compétent et qu'il est capable de communiquer clairement et rapidement avec ses parties prenantes »[547].

En outre, les banques doivent s'interroger sur le but du crédit sollicité afin de déterminer si le type et le montant du crédit conviennent à la situation financière du demandeur[548]. Les articles VII.75 et VII.131 du Code de droit économique l'imposent pour le crédit à la consommation et le crédit hypothécaire ; il en va de même pour l'article 5 de la loi du 21 décembre 2013 relative au financement des P.M.E. Un prêteur viole l'article VII.75 du Code de droit économique s'il ne s'informe pas sur le but du crédit à la consommation sollicité, alors que ce financement comporte des charges plus élevées que le prêt qu'il sert à rembourser et que le consommateur se trouvait déjà en défaut de paiement lors de la conclusion du contrat[549].

87. Objet des réserves personnelles dans l'offre publique d'emploi. – Il existe une multitude de contrats de travail différents : il parait donc impossible de recenser toutes les réserves personnelles qu'un employeur peut avoir en vue lorsqu'il émet une offre d'emploi. Toutefois, en pratique, certaines restrictions reviennent plus fréquemment que d'autres. Ainsi L. Cappellini souligne-t-elle notamment que « l'employeur, dont le but est d'obtenir un certain résultat par une force travail qu'il utilise, aura égard à la personnalité de son contractant, à ses qualités et aptitudes professionnelles, à sa santé, voire à son comportement en général »[550].

1° Dans le sillage de cette idée, une partie de la doctrine admet qu'une offre publique d'emploi contient normalement une réserve sur les compétences du candidat[551].

---

[545] Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 32 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 41-42.

[546] R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, p. 38.

[547] A.F.M.E., « Lever des fonds pour les petites et moyennes entreprises. Guide pratique du financement bancaire, obligataire et par actions », Éd. de septembre 2015, p. 12. Voy. dans le même sens : R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, p. 41.

[548] Cass., 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note J.-P. BUYLE.

[549] J.-P. Arendonck, 29 septembre 2009, *J.J.P.*, 2012, p. 281.

[550] L. CAPPELLINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, p. 50.

[551] C.T. Mons, 20 mars 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 317. Voy. not. en doctrine : L. CAPPELLINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, pp. 51-52 ; M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, pp. 30-31, n° 10 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1982, p. 277, n° 211.

Les compétences requises par la fonction doivent normalement figurer dans l'offre d'emploi : cette réserve a donc, en règle, un caractère exprès. En effet, l'article 8 de la Convention collective du travail n° 38 énonce les informations que l'employeur doit mentionner dans son offre publique d'emploi[552]. Cette dernière doit ainsi contenir des informations relatives à la nature et aux exigences de la fonction. De la sorte, conformément au commentaire de l'article 8, une offre d'emploi faite au public doit faire état du niveau de formation requis, du niveau d'expérience souhaité et même du niveau de responsabilités du poste à pouvoir[553].

Selon nous, une réserve implicite sur les compétences non mentionnées dans l'offre se conçoit à la lumière de l'objet des obligations qui incomberont au candidat-travailleur[554]. L'article 11 de la Convention collective du travail n° 38 indique que le potentiel employeur peut se renseigner sur les compétences du candidat qu'il juge pertinentes, c'est-à-dire nécessaires en raison de la nature et des conditions d'exercice de la fonction[555]. Un employeur pourrait se réserver le droit de tester les compétences de management d'un cadre supérieur, bien que l'offre d'emploi fasse uniquement mention d'aptitudes techniques. En revanche, selon M. Jamoulle, « Il faut cependant admettre qu'à l'égard de certains contrats conclus avec une main-d'œuvre non qualifiée, salariés quasi interchangeables, [l'*intuitus personae*] est proche d'une fiction juridique »[556]. Il est vrai qu'une réserve implicite sur l'aptitude d'un ouvrier s'envisage difficilement quand son poste requiert simplement de charger et de décharger des wagons[557].

2° Dans les faits, l'existence d'une réserve personnelle sur la moralité ou sur l'honorabilité du candidat à l'emploi se fonde sur des considérations similaires.

Une offre publique d'emploi peut explicitement réserver la fonction à pourvoir à une personne dotée d'une moralité ou d'une honorabilité exemplaire. Certaines offres requièrent d'ailleurs la production d'un extrait de casier judiciaire à cet effet. Dans ce cas, il est admis que l'employeur peut uniquement le consulter, mais pas le conserver[558]. Pour une partie de la doctrine, la consultation d'un tel extrait se conçoit pour certaines fonctions, à la condition que

---

[552] Ces dispositions ne s'appliquent pas lors d'une candidature spontanée (J.-Ph. CORDIER, « Les informations à fournir dans la phase précontractuelle du contrat de travail », in *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles – Anvers, Bruylant – Kluwer, 2006, p. 371).

[553] Voy. not. : V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 228-230, n° 276 ; L. CAPPELLINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, p. 54 ; R. VAN VAERENBERG, « Recrutement et sélection des travailleurs », *Ors.*, 1990, p. 65.

[554] M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, pp. 30-31, n° 10 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1982, p. 277, n° 211.

[555] Nous nous inspirerons des solutions retenues pour la problématique des informations que peut réclamer l'employeur lors de la procédure d'embauche. Il s'agit des questions liées au problème du respect de la vie privée du travailleur lors de son recrutement. Voy. not. à ce sujet : S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 38-46, nos 28-32 ; E. DEWITTE, « Spreken, zwijgen of liegen... U kiest maar! Of toch niet?! », *Jur. Falc.*, 2010-2011, pp. 300-304 ; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, die Keure, 1999, pp. 111-125, nos 194-214.

[556] M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, p. 30, n° 10.

[557] Cass. fr. req., 17 janvier 1911, *D.P.*, 1911, V, p. 61. Cette décision concerne une erreur sur l'identité civile d'un ouvrier qui avait involontairement produit les papiers d'un tiers lors de son embauche. La Cour de cassation française a décidé que cette méprise n'avait pas un caractère déterminant, puisque la fonction de l'ouvrier – chargement et déchargement de wagons – ne requerrait *in concreto* aucune compétence particulière. Il s'agit souvent du cas, selon M. Jamoulle, pour la plupart des prestations de nettoyage, de dactylographie et de téléphonie (M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, p. 31, n° 10).

[558] Comm. Charleroi, 17 décembre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 398. Voy. not. dans le même sens : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social – Droit du travail. 2016-2017*, Liège, Kluwer, 2016, p. 536, n° 945.

leur exercice et leur nature le justifient et que les mentions figurant sur l'extrait se limitent aux condamnations qui entretiennent un lien avec elles[559]. Ainsi une offre d'emploi concernant un poste d'enseignant, d'éducateur de mineurs ou de gardien d'enfant pourrait-elle demander un extrait de casier judiciaire concernant les condamnations liées à des faits de mœurs[560].

Une réserve implicite sur la moralité ou l'honorabilité de l'acceptant s'envisage pour les mêmes motifs, même si l'offre d'emploi n'y fait pas allusion : il convient d'avoir égard à la nature et à l'exercice de la fonction à pourvoir, c'est-à-dire à l'objet des obligations qui incomberont au futur travailleur. De ce fait, un potentiel employeur peut émettre une réserve sur l'honorabilité financière d'un candidat-comptable, puisque sa fonction suppose de manipuler des fonds[561] ; de même, en vertu de ces principes, une réserve implicite sur le passé judiciaire d'une baby-sitter se justifie vu que sa fonction suppose un contact avec des mineurs.

3° En revanche, la justification d'une réserve expresse ou implicite sur les caractéristiques physiques, l'âge ou le sexe du candidat à l'emploi pose plus de difficultés.

Tout d'abord, il apparait que l'article 121 de la loi de réorientation économique interdit « de faire référence au sexe du travailleur dans les offres d'emploi, ou les annonces relatives à l'emploi et à la promotion professionnelle, ou d'utiliser dans ces offres ou annonces des éléments qui, même sans référence explicite, indiquent ou sous-entendent le sexe du travailleur »[562]. Toutefois, à titre d'exception, l'arrêté royal du 8 février 1979 énumère les offres d'emploi dans lesquelles il peut être fait mention du sexe du travailleur. Il en va ainsi pour les métiers d'acteur, de chanteur, de danseur ou d'artiste appelé à jouer un rôle de personnage masculin ou féminin. C'est aussi vrai pour un mannequin qui doit revêtir des vêtements en vue de les présenter ou de modèle pour les peintres, sculpteurs, photographes, instituts de beauté[563].

Une réserve sur l'âge et les caractéristiques physiques d'un candidat à l'emploi se justifie lorsque ces qualités s'avèrent essentielles et déterminantes au regard de la nature de la fonction à pourvoir et, à titre complémentaire, de l'objectif poursuivi par l'employeur[564]. Par exemple, s'agissant d'une offre publique d'emploi de pompier, une réserve sur l'âge et les

---

[559] S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 41-42, n° 29. Certains pensent que l'article 595 du Code d'instruction criminelle limite l'accès au casier judiciaire aux activités réglementées ou en contact avec les mineurs. Voy. not. dans ce sens : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, p. 92, n° 107.

[560] S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 41-42, n° 29. Voy. également pour d'autres exemples : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 91-92, n° 107.

[561] Dans un arrêt du 7 avril 2009, la Cour du travail de Mons a tranché un litige où un candidat à l'emploi avait répondu à une offre pour un poste de chauffeur de bus, alors qu'il avait fait l'objet d'une condamnation disciplinaire pour vol à son ancien emploi de la poste et qu'il faisait toujours l'objet de poursuites pénales à ce sujet (C.T. Mons, 7 avril 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 122). Selon la Cour, il est vrai que l'employeur n'aurait pas engagé ce candidat s'il avait été au courant de ces vols, vu la nature de sa fonction qui exigeait de manipuler des fonds. Elle a donc rejeté la demande en licenciement abusif diligentée par l'ancien employé (*ibidem*, spéc. p. 126).

[562] Loi de réorientation économique du 4 août 1978, *M.B.*, 17 août 1978.

[563] Article 1er de l'arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle, *M.B.*, 16 février 1979. Voy. not. sur cet arrêté royal : A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 115-116.

[564] Voy. not. pour la problématique de l'accès et du traitement des données relatives à la santé d'un candidat travailleur : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 82-86, n° 103 ; S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 36-37, n° 26.

qualités physiques d'un candidat se comprend à l'aune des caractéristiques physiques exceptionnelles requises par cette fonction et du souci de sécurité recherché tant pour ces travailleurs que pour les personnes qu'ils secourent[565]. En revanche, il ne peut y avoir de réserve sur l'âge d'un comptable dont les aptitudes correspondent parfaitement au contenu de l'offre[566].

88. Objet des réserves personnelles à l'offre publique de location. – Selon la Cour d'appel de Lyon, « la location est un des contrats où l'*intuitus personae* joue un rôle prépondérant »[567]. La Cour ajoute même qu'une proposition faite à un inconnu n'est pas une offre « ferme et irrévocable du souscripteur l'obligeant à accepter comme locataire le premier individu venu, quelles que soient sa moralité, sa solvabilité et sa situation de famille »[568].

Il nous parait inutile de faire référence *in abstracto* à l'*intuitus personae* afin de justifier une réserve sur la solvabilité, la moralité et la situation de famille du candidat-locataire.

1° Une réserve sur la solvabilité du candidat-locataire apparaitra fréquemment à l'examen du contenu de l'offre publique de location.

En effet, il arrive qu'une offre publique de location réserve le bien à des « locataires solvables » ou à ceux qui disposent d'un revenu atteignant une certaine hauteur. Il reste alors à préciser les informations auxquelles le bailleur peut accéder pour vérifier la solvabilité du candidat-locataire sans heurter sa vie privée : certains pensent, à juste titre, que la demande de fiches de paie ne constitue pas une atteinte disproportionnée à ce droit fondamental[569]. Concernant le bail d'habitation, l'article 6 du décret du 15 mars 2018 indique que « Le bailleur peut solliciter auprès du candidat-preneur les données générales suivantes en vue de procéder à la sélection et à la conclusion du contrat de bail […] [:] 7° le montant des ressources financières dont le dispose le candidat-preneur ; 8° la preuve du paiement des trois derniers loyers ».

Une réserve sur la solvabilité peut aussi revêtir un caractère implicite à l'examen des particularités du loyer demandé par le propriétaire. Selon nous, une offre publique de bail d'habitation contiendra donc souvent une restriction sur la solvabilité, parce que le montant d'un loyer représente une charge importante pour la plupart des locataires. Lors d'une décision du 16 mai 2013, la Cour d'appel de Mons a ainsi rappelé « qu'il est parfaitement légitime pour un professionnel de l'immobilier de se soucier de la solvabilité des candidats locataires et de la correspondance de leurs profils respectifs à la nature et à la situation du bien »[570]. Néanmoins, une réserve implicite sur la solvabilité n'aura pas de pertinence si la location n'implique qu'un faible montant. Tel est le cas, par exemple, du bail d'un garage dont le loyer reste très modeste.

2° Une partie de la doctrine pense qu'une offre publique de location peut contenir une réserve personnelle sur la moralité ou l'honorabilité du candidat-locataire[571].

---

[565] C.J.C.E., 12 janvier 2010, C-229/08, aff. *Colin Wolf c. Stadt am Main.*
[566] C.T. Anvers, 22 juin 2011, A.R. n° 2010/AA/456, http://unia.be.
[567] Lyon, 16 mai 1928, *D.P.*, 1928, II, p. 197, note P. VOIRIN, *S.*, 1928, II, p. 135, note R. DEMOGUE.
[568] *Ibidem*.
[569] E. VAN DEN HAUTE, « Le bail et la législation anti-discrimination ou lorsque le juge devient funambule », obs. sous Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, pp. 769-770, n° 2 ; R. TIMMERMANS, « Screening van aspirant-huurders, inlichtingenfiches en beperkingen door informationele privacy », *Huur*, 2012, p. 165, n° 13.
[570] Mons, 16 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 498, spéc. p. 500. *Adde* : Civ. Liège (Prés.), 6 mai 2014, http://unia.be.
[571] J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.12 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère

Une telle restriction revêt parfois un caractère exprès. Fr. T'Kint écrit, à ce sujet, que « la réserve d'agrément peut se rencontrer dans d'autres domaines, comme la mise en location d'un bien – lorsque le propriétaire exige du futur locataire certaines conditions de moralité ou d'honorabilité »[572]. Toutefois, ce genre de réserve expresse se rencontre rarement en pratique.

Dans le même sens, une réserve implicite sur la moralité ou l'honorabilité assortit une offre publique de bail dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, qui tiennent aux particularités de la location proposée. Ainsi, il s'agit du cas lorsque le propriétaire propose une partie de sa maison – comme un étage – en location ; l'annonce publique pour un appartement de standing, situé dans un immeuble où la copropriété a voté un règlement d'ordre intérieur strict, pourrait aussi comporter une réserve implicite sur la moralité d'un candidat-locataire.

3° Enfin, une réserve sur la « situation familiale du preneur »[573], c'est-à-dire sur le nombre de personnes que compte sa famille, ne se conçoit guère sous l'angle de la personnalité du candidat-locataire et donc de l'*intuitus personae*. S'il n'est pas possible d'exclure l'existence de cette restriction, elle ne se rencontre cependant que dans des circonstances exceptionnelles. Cette idée se vérifie notamment lorsque la surpopulation du bien risque de porter préjudice à sa substance ou lorsque cette surpopulation contrevient aux normes de salubrités en vigueur[574]. Ainsi un immeuble situé en Wallonie constituera-t-il un logement individuel surpeuplé s'il comporte, par exemple, plus de trois habitants pour une surface qui ne dépasse pas 33 m^{2}[575].

B. Les particularités des réserves personnelles à l'offre à personne déterminée

89. Particularités de l'offre à personne déterminée. – Selon une partie de la doctrine, il convient de remarquer que le pollicitant ne connait normalement pas les destinataires de son acte lorsqu'il l'adresse au public ; à l'inverse, l'offrant connait, en principe, la personne à qui il fait une offre de contracter en particulier. Il a donc pu se renseigner à son sujet[576].

Certains auteurs estiment ainsi qu'il existe une différence majeure concernant l'admissibilité des réserves personnelles dans les deux offres[577]. À ce sujet, C. Delforge écrit

---

partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 559, n° 19 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45.

572 Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45.

573 Lyon, 16 mai 1928, *S.*, 1928, II, p. 135, note R. DEMOGUE, *D.P.*, 1928, II, p. 197, note P. VOIRIN.

574 Voy. à cet égard : N. BERNARD, « Le secteur du logement (privé et social) au prisme des règlementations anti-discrimination », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 162 ; N. VAN LEUVEN, « De Antidiscriminatiewet en de huurovereenkomst », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, p. 125, n° 38.

575 Voy. l'article 18, §1er, de l'arrêté du 30 août 2007 du Gouvernement wallon déterminant les critères minimaux de salubrité, les critères de surpeuplement et portant les définitions visées à l'article 1er, 19° et 22°*bis*, du Code wallon du Logement, *M.B.*, 30 octobre 2007.

576 L. CORNELIS, « Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten », *R.D.C.*, 1983, p. 41, n° 35.

577 E. VAN DEN HAUTE, « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 10, n° 17 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 556-557, n° 14 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p.

« qu'il nous semble pour notre part qu'un sort différent peut être réservé aux offres adressées à personne déterminée et au public. Les premières autorisent moins aisément la présence de réserves tacites car les attentes créées sont nécessairement plus grandes et, dès lors, davantage dignes de protection. Dans ce cas, il sera plus volontiers admis que la volonté déclarée prévale sur la volonté réelle de l'offrant dès lors que celui-ci n'a pas pris soin de dissiper tout doute quant à l'étendue d'un engagement dont il avait pourtant la pleine maîtrise »[578].

En somme, la présence de réserves personnelles implicites se justifie dans des circonstances très particulières pour les offres *intuitu personae* adressées à personne déterminée[579]. Ces dernières ont, en règle, un caractère obligatoire en dépit de l'*intuitus personae*[580]. Pour L. Cornelis, « *wanneer de persoon van de tegenpartij van allesoverwegend belang is, kan uiteraard van de aanbieder worden verlangd dat hij zich grondig inlicht over die persoon alvorens een aanbod te doen. Uitzondering gemaakt voor gebeurlijke wilsgebreken, moet dan ook worden aangenomen dat het aanbod intuitu personae bindend is* »[581].

90. Admissibilité des réserves et connaissance du destinataire de l'offre. – L'offre *intuitu personae* faite à personne déterminée peut comporter des réserves implicites dans certains cas. Si l'absence de restrictions reste le principe, il y a place pour des exceptions.

1° Une réserve implicite se conçoit lorsque l'offrant n'avait *pas connaissance* de la personne du destinataire de l'offre. En effet, selon H. De Page, il est possible d'envisager l'existence de restrictions à l'offre faite à personne déterminée « dans les contrats qui supposent l'*intuitus personae*, à moins qu'elle ne s'adresse à une personne connue de l'offrant »[582].

Dans certaines situations, il arrive qu'un potentiel contractant adresse un projet de contrat afin d'entamer les négociations, même s'il n'a pas encore connaissance des qualités de l'autre partie. Cette dernière peut alors interpréter cet envoi comme une offre ferme, alors qu'il ne s'agit pas du cas dans l'esprit de l'émetteur de la proposition. Ainsi un potentiel employeur peut-il décider d'entamer des négociations avec un candidat à l'emploi au départ d'un projet de contrat complet et détaillé ; de même, s'agissant du contrat de bail, un propriétaire peut adresser sa convention type à un candidat-locataire intéressé par une annonce publique de location[583].

Le critère de connaissance montre son intérêt dans d'autres cas. Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 17 juin 2003 l'illustre[584]. Une société d'impression adresse une offre de

---

15, n° 5 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 32, n° 44 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, n° 526.

578 C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 556-557, n° 14. Voy. dans le même sens : Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 32, n° 44 .

579 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, 16e éd., *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2014, p. 126, n° 138 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 618, n° 641 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, 2e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 106, n° 110, a) ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 58-59, n° 46 ; A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 784, n° 43.

580 D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 210, n° 378 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 238-239, n° 356.

581 L. CORNELIS, « Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten », *R.D.C.*, 1983, p. 41, n° 35.

582 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 492, n° 499*bis*.

583 Lyon, 16 mai 1928, *D.P.*, 1928, II, p. 197, note P. VOIRIN, *S.*, 1928, II, p. 135, note R. DEMOGUE.

584 Liège, 17 juin 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 591.

prix à son client, qui l'accepte en rappelant qu'il paiera par lettre de change 90 jours après l'exécution du travail. Le prestataire refuse alors de contracter, parce qu'il doute de la solvabilité de son client et qu'il craint de ne pas être payé à l'échéance des 90 jours fixés. La Cour d'appel lui donne raison. Elle constate que « l'appelante [*i.e.* l'imprimeur], qui n'avait pas antérieurement travaillé pour l'intimé [*i.e.* le client], refusa d'effectuer le travail après avoir recueilli des informations sur la solvabilité de l'intimée »[585]. Elle ajoute aussi « qu'il n'est pas d'usage, surtout quand une relation d'affaires débute et donc que les parties ne se connaissent pas vraiment, que le paiement des prestations soit systématiquement proposé par traite à l'échéance de 3 mois »[586]. Dès lors, la Cour décide que « pour l'appelante, la solvabilité de la firme lui passant commande revêtait un caractère d'autant plus essentiel que le paiement par lettre de change expose le tireur à un recours de l'escompteur en cas de défaillance du tiré »[587].

2° Toutefois, pour des motifs de sécurité juridique, il faut rejeter l'existence d'une réserve implicite à l'offre *intuitu personae* faite à personne déterminée dès lors que l'offrant a *raisonnablement eu l'occasion* de prendre connaissance des qualités de son destinataire[588].

Un arrêt de la Cour de travail de Bruxelles du 18 novembre 1992 illustre implicitement ces propos dans le cadre d'une offre d'emploi[589]. Un journal – « *Le Vif* » – rachète un journal local – « le *Pourquoi Pas ?* ». L'acheteur envoie alors un courrier qui contient une lettre de démission permettant de quitter le journal racheté. Ce courrier comporte aussi une offre de contrat par laquelle *Le Vif* « engage le journaliste nommément désigné avec reprise de l'ancienneté et le maintien de la rémunération acquise »[590]. Un journaliste répond positivement à cette offre et notifie donc sa démission. *Le Vif* refuse de contracter et conteste même l'envoi d'une offre ferme dans son chef, à défaut d'avoir apprécié la personnalité de cet acceptant et d'avoir signé le courrier envoyé. La Cour d'appel a rejeté ce point de vue. *In casu,* elle a décidé que « [qu'il] suffit que les conditions de l'engagement soient décrites avec une précision suffisante n'exigeant que la manifestation de l'approbation du destinataire de l'offre »[591] ; de ce fait, la Cour conclut que « chaque journaliste du *Pourquoi Pas ?* s'est bien vu offrir un emploi par le *Vif* après remise préalable de sa démission à la direction du journal racheté »[592].

Cette décision emporte la conviction. En l'espèce, *Le Vif* avait bien eu la possibilité de se renseigner sur les employés, avant l'émission de chaque offre, afin de fixer les conditions de l'engagement qu'il désirait. L'envoi du projet de contrat, par le biais d'un courrier, témoigne de l'intention juridique de s'engager sans qu'il soit possible d'invoquer une réserve personnelle.

91. Droit de repentir inhérent à certaines offres *intuitu personae* faite à personne déterminée ? – Pour certains auteurs français, un droit de repentir assortirait toujours une offre

[585] *Ibidem*.
[586] *Ibidem*.
[587] *Ibidem*.
[588] Cette limitation peut se fonder sur la théorie de la confiance légitime et donc sur le respect des attentes légitimes du destinataire de l'offre. Voy. sur le rôle de la confiance légitime dans le domaine de l'offre : A. DE BOECK, « Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, p. 12, n° 21.
[589] C.T. Bruxelles, 18 novembre 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 152.
[590] *Ibidem.*
[591] *Ibidem*, spéc. p. 153.
[592] *Ibidem.*

intuitu personae faite à personne déterminée : ce droit permettrait au pollicitant de retirer son offre, bien que son destinataire en ait pris connaissance ou même qu'il l'ait acceptée[593].

Dans cet ordre d'idées, J.-L. Aubert écrit notamment que « L'existence de l'*intuitus personae*, et la difficulté – que l'on a déjà citée – d'appréciation des qualités individuelles doivent laisser à l'offrant une constante liberté de se repentir. Il doit, à tout moment, pouvoir revenir sur sa décision, en fonction de toute évolution de son appréciation des qualités du destinataire de son offre »[594]. Par ailleurs, selon Ph. Le Tourneau et D. Krajeski, « lorsque la personne est l'objet du contrat (portant sur un corps humain ou une création), l'offrant bénéficie d'une faculté discrétionnaire de retrait de son offre ; mais si celle-ci a déjà été acceptée, il s'agit en réalité d'un droit de résiliation unilatérale, reconnu aux parties dans tout contrat conclu *intuitu personae* lorsque la considération de la personne est intense »[595].

Nous ne souscrivons pas à ce point de vue qui ne parait pas transposable en droit belge. Selon nous, les dispositions du Code civil ne consacrent pas de droit de résiliation *ad nutum* propre aux contrats *intuitu personae* et qui, par analogie, pourrait servir de fondement à un droit de repentir en faveur de l'offrant[596]. Il est vrai que F. Valleur avait songé à l'existence d'un tel droit de résiliation dans ses écrits, sans pour autant l'admettre au terme de son raisonnement. En effet, selon cet auteur, « si cette idée était juste, on devrait en trouver l'application en principe dans tous les contrats intuitus *(sic)* personae. Elle suffirait par exemple à expliquer, outre l'article 2003 alinéas 2 et 3, l'article 1865 5° complété par les articles 1869 et 1870 (société), peut-être aussi l'article 1794 (marché à forfait), l'article 1944 (dépôt), les articles 1888 et 1889 (prêt à usage) (...) Mais en réalité toutes ces dispositions n'ont en général rien à voir avec la présence de l'intuitus personae dans ces contrats. Ce droit de rupture unilatérale est fondé sur des idées toutes *(sic)* autres que la disparition de l'affection ou de la confiance »[597].

§3. – Nature des réserves personnelles à l'offre intuitu personae

92. Appréciation concrète de la nature des réserves par le juge du fond. – La deuxième étape consiste à mesurer l'incidence qu'a une réserve sur l'offre de contracter. *Primo*, selon plusieurs auteurs, une réserve peut revêtir une nature objective : elle restreint alors simplement le champ d'application de la pollicitation. *Secundo*, une réserve peut présenter une nature subjective, de sorte qu'elle disqualifie l'offre en simple invitation à entrer en pourparlers[598].

---

[593] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 63 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, 2e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 105, n° 110, a) ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 59-60, n° 46 ; J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 151, n° 161.

[594] J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 151, n° 161 .

[595] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 63.

[596] Voy. dans le même sens : F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 531-532, nos 645-646. Voy. not. dans le même sens en droit français : Ph. SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *J.C.P.*, 1971, I, 2413.

[597] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 315-316, n° 120.

[598] Voy. not. à ce sujet : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 156 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 554-556, n° 14 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier,

Nous résumons les principes dégagés dans la première section (*supra*, n° 71).

1° La nature d'une réserve dépend de sa formulation concrète au premier chef.

Tout d'abord, une réserve de contracter comporte une nature objective lorsque l'offrant la formule sur la base d'un critère extérieur à sa volonté et dont la réalité peut être objectivement vérifiée[599]. Dans ce cas de figure, la restriction repose sur un critère suffisamment précis pour définir le champ d'application de la pollicitation et donc pour contraindre l'offrant à contracter avec le premier acceptant qui se situe au sein de son périmètre[600]. Par exemple, la solvabilité d'un acceptant peut s'apprécier de façon objective au départ de l'adéquation qui existe entre ses moyens financiers et l'ampleur des obligations pécuniaires qu'il doit assumer[601].

En revanche, une réserve subjective – ou d'agrément – suppose que son auteur la formule d'une manière qui lui permet de conserver une maitrise quasi-discrétionnaire sur la conclusion du contrat en cas d'acceptation[602]. Tel est le cas quand la restriction ne repose pas sur un critère clair ou précis, de sorte qu'il devient impossible de définir précisément le champ d'application de la pollicitation[603]. Dans ces circonstances, la sélection de l'acceptant devient subjective et discriminatoire, ce qui fait perdre sa fermeté à l'offre de contracter. Ainsi une réserve sur la moralité d'un acceptant revêt-elle une nature subjective à défaut d'autre précision.

2° À notre sens, les lois antidiscrimination ont acquis une influence déterminante concernant la nature des réserves personnelles à l'offre de contracter faite *intuitu personae*.

Les trois lois du 10 mai 2007 s'appliquent à maintes offres et à maintes invitations publiques à entrer en pourparlers. Ces législations particulières ont également trait aux offres à personne déterminée qui ne prennent pas place dans une affaire strictement familiale[604]. Ces

---

2004, pp. 14-15, n° 5 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, pp. 32-33, n° 45.

[599] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 13.

[600] Cette idée ressort de la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes, à propos de la licéité des accords de distribution commerciale sélective purement qualitative au regard du droit de la concurrence européen. Ces accords sont considérés comme licites à partir du moment où la sélection des distributeurs repose sur des critères objectifs. Pour qualifier ces critères comme tels, le Tribunal se réfère à leur précision, à leur clarté et à leur caractère vérifiable en pratique (Trib., 12 décembre 1996, T-88/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, n° 121 ; Trib., 12 décembre 1996, T-19/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, n° 127).

[601] Voy. not. dans le domaine des contrats de crédit : F. DE PATOUL, « Le devoir d'information, de conseil et d'investigation du prêteur et de l'intermédiaire – La responsabilité du dispensateur de crédit à la lumière de la nouvelle législation », in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Ch. BIQUET et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 179-180, n° 53. Voy. not. dans le domaine du contrat de bail : N. BERNARD, « Actualités du bail d'habitation : saut d'index "loyer", résiliation anticipée du bail de courte durée, discrimination, régionalisation, colocation, garantie locative, etc. », in *Baux d'habitation commerciaux et à ferme. Actualités sur fond de régionalisation*, V. PIRSON (éd.), Limal, Anthemis, 2016, p. 36, n° 47.

[602] J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 32, n° 10 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 555, n° 12.

[603] Voy. par analogie : Trib., 12 décembre 1996, T-88/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, n° 137 ; Trib., 12 décembre 1996, T-19/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, n° 144.

[604] B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 51. Dans le même ordre d'idées, le législateur européen considère que les lois antidiscrimination ne s'appliquent pas aux

trois lois protègent une série de qualités qui ne peuvent pas servir de critère de sélection sans un motif légitime, pertinent et proportionné à l'objectif poursuivi[605]. Dans ce cadre, l'offrant ne peut pas émettre une réserve de contracter sur l'une de ces qualités sans indiquer précisément le critère de distinction sur lequel il se fonde ; la réserve sur la base de laquelle il entend sélectionner son cocontractant doit donc revêtir une nature objective quand elle concerne un critère protégé. L'article 7 de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination énonce d'ailleurs que « Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit *objectivement justifiée* par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires »[606].

Dans ce contexte, il apparait que la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination protège directement les qualités relatives à l'âge, à l'orientation sexuelle, à l'état civil, à la naissance, à la fortune, à la conviction religieuse ou philosophique, à la conviction politique, à la conviction syndicale, à la langue, à l'état de santé actuel ou futur, au handicap, à une caractéristique physique ou génétique ou à l'origine sociale[607]. Cette énumération constitue une liste fermée à laquelle d'autres critères ne peuvent pas être ajoutés[608].

Nous examinerons la nature des restrictions personnelles dans les offres de crédit, d'emploi et de location adressées au public. Nous partirons à nouveau du postulat que ces offres comportent l'ensemble des éléments essentiels du contrat projeté (**A**). En principe, les mêmes principes doivent s'appliquer aux offres adressées à personne déterminée. Nous verrons aussi les sanctions réservées à l'offre affectée d'une réserve jugée discriminatoire ou illégitime (**B**).

A. La nature des réserves personnelles dans l'offre adressée au public

93. Nature des réserves dans l'offre publique de crédit. – En règle, lorsqu'elles ont un caractère complet, les offres publiques de crédit contiennent une réserve sur la solvabilité, sur l'honorabilité financière et sur les capacités du candidat-emprunteur[609] (*supra*, n° 86).

1° La réserve sur la solvabilité présente normalement une nature objective.

Les principes régissant l'octroi d'un crédit le confirment. Les juridictions estiment que l'examen de la solvabilité consiste à vérifier si le candidat a la capacité de rembourser son crédit[610]. Cette réserve se mesure, à la base, au départ de données extérieures à la volonté de la banque : son appréciation se fonde sur des éléments historiques – défauts de paiement passés –

affaires liées à la « vie privée et familiale » (Voy. not. le considérant n° 13 de la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.U.E.*, 21 décembre 2004).

[605] Voy. not. sur les causes de justification : J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 51-64, n^{os} 14-24 ; C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 33 et suivantes.

[606] Nous soulignons. Voy. aussi : article 9, §1er, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 7, §2, de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

[607] Article 3 de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

[608] B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 32.

[609] Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.-P. BUYLE.

[610] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.

, sur des éléments prospectifs – l'analyse du bilan, du compte d'exploitation et des projections financières – ou à l'aide de techniques statistiques de profilage (le « *credit scoring* »)[611].

Le législateur a confirmé ces principes dans le cadre des crédits accordés aux consommateurs. En effet, s'agissant du crédit à la consommation et du crédit hypothécaire, l'article I.9, 84°, du Code de droit économique définit l'appréciation de la solvabilité comme « l'évaluation des perspectives de remboursement de la dette découlant du contrat de crédit ».

2° La nature de la réserve sur l'honorabilité financière pose plus de difficultés.

En principe, une telle réserve comporte un caractère subjectif : mesurer la moralité ou l'honorabilité d'une personne dépend principalement du ressenti du *credit man* qui se livre à cet exercice[612]. Ainsi R. Brouw écrit-il que « Personne ne contestera qu'aucun crédit ne peut être accordé à un homme malhonnête si l'on veut éviter de se trouver face à un débiteur qui cherche par tous les moyens à se dérober à ses engagements […] On peut percevoir dès la première conversation si l'on a affaire à un personne honnête, sincère et attachée aux principes de moralité. L'impression ainsi ressentie, quelle que soit sa valeur, doit cependant, pour de nombreuses raisons, être vérifiée dans la réalité en prenant des informations auprès de ceux qui connaissent suffisamment les antécédents du demandeur et aussi sa façon d'agir actuelle »[613].

Toutefois, à notre sens, la loi du 18 septembre 2017 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme nuance cette idée pour une multitude de crédits. Cette loi impose aux institutions financières de mesurer les risques de blanchiment et de financement du terrorisme auxquels elles sont exposées[614]. La B.N. et la F.S.M.A. leur imposent alors de fonder leur politique d'acceptation des clients sur des critères objectifs afin de pouvoir les répartir en différentes catégories et ainsi évaluer le risque que chacun d'eux représente[615]. Selon nous, lorsqu'il apparait que la banque se limite à analyser l'honorabilité de son candidat

---

[611] Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 32-33 ; K. CERRADA, Y. DE RONGÉ et M. DE WOLF, *Comptabilité et analyse des états financiers*, 2e éd., Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2016, pp. 310-316 ; A. THIRY, P. FABRY et J. MERCIER, *Manuel des crédits*, 2e éd., Bruxelles, Éd. Crédit Général, 1977, pp. 23-28 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 42-49. Les techniques de *credit scoring* prennent une place sans cesse croissante dans le domaine de l'attribution des crédits. Selon d'aucuns, elles donnent de meilleurs résultats par rapport aux autres techniques d'analyse classiques : leur emploi permet généralement d'abaisser le nombre d'inexécutions, c'est-à-dire de « *defaults* », d'un portefeuille de crédit (Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 32-33 ; K. H. CHYE, T. W. CHIN et G. C. PENG, « Credit Scoring Using Data Mining Techniques », *S.M.R.*, 2004, pp. 26-27).

[612] Voy. not. à ce sujet : A. THIRY, P. FABRY et J. MERCIER, *Manuel des crédits*, 2e éd., Bruxelles, Éd. Crédit Général, 1977, pp. 52-53 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 38-42.

[613] R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, p. 39.

[614] Article 16 de la loi anti-blanchiment du 18 septembre 2017.

[615] Pour la B.N. : articles 8 et 9 de l'arrêté royal du 10 décembre 2017 portant approbation du règlement de la Banque nationale de Belgique du 21 novembre 2017 relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. Pour la F.S.M.A. : articles 9 et 10 du règlement du 3 juillet 2018 de l'Autorité des services et marchés financiers relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

sur la base de son profil de risques, la réserve revêt une nature objective[616]. Cette situation se rencontre pour les crédits entièrement automatisés ou qui ne présentent qu'un faible montant.

3° La réserve sur les capacités des gestionnaires d'une entreprise ou des titulaires de professions libérales nous semble revêtir une nature subjective qui disqualifie l'offre de crédit.

La capacité se mesure à la lumière des compétences techniques et des aptitudes de gestion du candidat-emprunteur[617]. Dans cette logique, il apparait que cette réserve ne repose pas sur un critère précis, mais sur un ensemble d'éléments qui laissent une large marge d'appréciation à la banque. R. Brouw confirme que « Le facteur capacité ou compétence comme deuxième élément fondamental de tout octroi sain de crédit suppose non seulement de solides connaissances professionnelles au sens le plus large du terme, mais aussi de nombreuses autres qualités qui peuvent faire défaut à un chef d'entreprise. Il doit non seulement connaître sa profession, mais aussi être actif, avoir le sens de l'organisation, suivre avec persévérance la voie qu'il s'est fixée comme étant la meilleure, prendre des décisions avec fermeté et les faire réaliser avec énergie, s'adapter avec souplesse aux nouvelles circonstances, etc. »[618].

Cependant, l'appréciation des capacités du demandeur revêt rarement un caractère purement subjectif : l'objectivité de l'analyse croît effectivement avec le montant octroyé[619]. Ainsi, dans une décision du 12 septembre 2000, le Tribunal de commerce de Bruxelles a affirmé que le banquier « a l'obligation d'analyser le réalisme et la rentabilité du projet de son client et sa capacité suffisante pour mener à bien le projet pour lequel le crédit est sollicité. En corollaire, le banquier a un devoir d'investigation qui est fonction des circonstances, étant entendu que plus le crédit est important, plus le banquier devra se baser sur des éléments objectifs pour construire son opinion »[620]. Toute erreur d'appréciation dans le chef de l'établissement financier se mesure donc à la lumière du critère du banquier normalement prudent et diligent[621].

94. Nature des réserves dans l'offre publique d'emploi. – Une offre d'emploi peut contenir une multitude de réserves au regard de la diversité des contrats de travail. Toutefois, selon certains auteurs, l'employeur aura souvent égard aux compétences du candidat, parfois à sa moralité, à son âge ou encore à l'une de ses caractéristiques physiques[622] (*supra*, n° 87).

---

[616] Les annexes 2 et 3 de la loi du 18 septembre 2017 listent les critères qui ont une influence sur le risque de blanchiment et de financement du terrorisme. Ces critères ont notamment trait à l'origine des fonds des clients, à certaines zones à faible ou à haut risque dans lesquelles ils habitent, aux sociétés qu'il détiennent, etc.

[617] A.F.M.E., « Lever des fonds pour les petites et moyennes entreprises. Guide pratique du financement bancaire, obligataire et par actions », Éd. de septembre 2015, p. 12 ; A. THIRY, P. FABRY et J. MERCIER, *Manuel des crédits*, 2e éd., Bruxelles, Éd. Crédit Général, 1977, pp. 53-54 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, p. 41.

[618] R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, p. 41.

[619] Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.

[620] Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, spéc. p. 794.

[621] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.

[622] L. CAPPELLINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, pp. 50-51. Voy. not. : J.-Ph. CORDIER, « Les informations à fournir dans la phrase précontractuelle du contrat de travail », in *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant un contrat ?*, Bruxelles – Anvers, Bruylant – Kluwer, 2006, pp. 370-371 ; R. VAN VAERENBERG, « Recrutement et sélection des travailleurs », *Ors.*, 1990, pp. 65-66 ; M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, pp. 30-31, n° 10.

1° La nature de la réserve sur les compétences du candidat s'apprécie *in concreto*.

La formulation choisie par l'employeur présente un impact déterminant sur la nature de cette réserve. Ainsi en est-il lorsqu'une offre publique d'emploi limite un poste à des candidats dotés d'un nombre d'années d'expérience bien défini ou quand elle restreint son champ d'application à ceux nantis d'un diplôme donné. Ces restrictions ont un caractère objectif.

Une réserve libellée avec autant de précision ne se rencontre pas toujours dans les faits. La convention collective du travail n° 38 n'indique d'ailleurs pas la formulation que doit revêtir l'offre publique d'emploi quant au degré de formation, d'expérience et de responsabilité de la fonction proposée. Une annonce peut donc rester vague sur ces trois aspects[623]. Dans ces circonstances, l'employeur dispose normalement d'une large marge d'appréciation pour déterminer si les compétences techniques et humaines du candidat à l'emploi correspondent à la nature et à l'exercice du poste à pourvoir[624]. C'est sans doute pour cette raison que L. Cappellini souligne que « Les effets de l'*intuitus personae* qui caractérisent le consentement de l'employeur se manifestent essentiellement lors de la formation du contrat de travail : il justifie les enquêtes effectuées, les épreuves et les examens organisés par le futur employeur afin de rechercher si le candidat possède les qualités requises pour l'exécution du travail »[625].

2° La réserve sur la moralité du candidat-travailleur suit la même logique. Cette restriction repose parfois sur un critère objectif : une offre publique d'emploi peut réduire son champ d'application aux candidats qui disposent d'un extrait de casier judiciaire vierge. Cette idée se conçoit lorsque la nature et l'exercice d'une fonction le requièrent. Il s'agit notamment du cas pour un poste d'éducateur de mineurs[626]. Cependant, en pratique, peu d'offres font référence à cet extrait afin d'opérer la sélection des candidats sur la base de leur moralité ; l'appréciation de cette qualité dépendra le plus souvent du ressenti subjectif du futur employeur. Dans la plupart des situations, une réserve sur la moralité présente donc une nature subjective.

3° À notre sens, les différentes législations antidiscrimination confèrent une nature objective aux réserves fondées sur l'âge et les caractéristiques physiques du candidat à l'emploi.

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et la Convention collective du travail n° 95 interdisent de discriminer arbitrairement les candidats à l'emploi sur la base de leur âge ainsi qu'au départ de leurs caractéristiques physiques. Le cas échéant, il revient alors à l'employeur de prouver qu'une réserve sur l'âge se fonde sur une raison objective, essentielle et déterminante au regard de la nature de la fonction[627]. De même, si une offre limite son périmètre à des candidats dotés de certaines caractéristiques physiques, cette restriction doit se justifier par une raison légitime, pertinente et proportionnée à l'objectif

---

[623] R. VAN VAERENBERG, « Recrutement et sélection des travailleurs », *Ors.*, 1990, p. 65.

[624] L. CAPPELLINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, pp. 50-51 ; M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, pp. 30-31, n° 10.

[625] L. CAPPELLINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, pp. 50-51. Voy. dans le même sens pour les fonctions qui requièrent une main-d'œuvre qualifiée : M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, p. 31, n° 11.

[626] S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 40-41, n° 29 et p. 52, n° 38. Voy. pour une conception plus restrictive : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 89-92, n° 107.

[627] Article 2 de la Convention collective du travail n° 95 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, *M.B.*, 10 octobre 2008 ; article 4, 4°, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

poursuivi[628]. Ces deux réserves doivent ainsi reposer sur un critère précis et dépourvu d'arbitraire. Par exemple, limiter une offre d'emploi de pompier à l'âge de trente ans constitue un critère légitime, pertinent et proportionné au but poursuivi vu les caractéristiques physiques exceptionnelles requises par la nature de cette fonction[629] ; à l'inverse, réserver une offre d'emploi de comptable à des candidats juniors forme une réserve arbitraire et discriminatoire dès lors que l'employeur la justifie juste par la volonté de réaliser une économie de salaire[630].

Dans un cadre similaire, il convient de remarquer que l'article 121 de la loi de réorientation économique interdit de faire référence au sexe du travailleur dans une offre d'emploi, sauf si cette qualité constitue une condition déterminante de l'accès à une activité professionnelle comme l'article 1er de l'arrêté royal du 8 février 1979 le précise. Cette disposition autorise l'offrant à faire mention du sexe pour les métiers d'actrice, de chanteur, de danseur, d'artiste appelé à jouer un rôle de personnage masculin ou féminin, de mannequin, de modèle pour les peintres, sculpteurs, photographes et instituts de beauté. Lorsqu'une offre comporte une réserve sur cet aspect de la personne, elle restreint simplement le champ d'application de l'offre au sexe qu'elle énonce. Par définition, elle possède une nature objective.

95. Nature des réserves personnelles à l'offre publique de location. – Une partie de la doctrine reconnait l'existence des réserves dans l'offre publique de bail[631]. Pour ces auteurs, elles ont souvent trait à la solvabilité et la moralité du candidat-locataire (*supra*, n° 88).

Pour le domaine du bail, il nous semble que la réserve sur la solvabilité consiste à vérifier si le locataire dispose de revenus suffisants afin d'assumer les charges financières qui découlent du contrat. Il en va ainsi du loyer et des charges. L'état de fortune tombe sous le coup des lois antidiscrimination[632]. Le propriétaire ne peut donc pas retenir n'importe quel critère pour apprécier l'existence de cette qualité[633] : selon N. Bernard, « la sélection doit impérativement reposer sur une base *objective*. […] En définitive, seule la *hauteur* des revenus peut être prise en considération, et pas l'*origine* ou la *nature* de ceux-ci »[634]. Cette réserve ne disqualifie donc pas, en principe, l'offre publique de bail en invitation à entrer en pourparlers.

---

[628] Article 2 de la Convention collective du travail n° 95 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail ; article 4, 4°, *juncto* article 7 de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

[629] C.J.C.E., 12 janvier 2010, C-229/08, aff. *Colin Wolf c. Stadt am Main*, n° 46.

[630] C.T. Anvers, 22 juin 2011, A.R. n° 2010/AA/456, http://unia.be.

[631] J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.12 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 559, n° 19 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45. Voy. dans le même sens : Lyon, 16 mai 1928, *D.P.*, 1928, II, p. 197, note P. VOIRIN, *S.*, 1928, II, p. 135, note R. DEMOGUE.

[632] Article 4, 4°, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Voy. pour la protection de la fortune concernant les compétences de la Région wallonne : articles 3, 3°, du décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 19 décembre 2008.

[633] Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 781 ; Mons, 16 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 498.

[634] N. BERNARD, « Actualités du bail d'habitation : saut d'index "loyer", résiliation anticipée du bail de courte durée, discrimination, régionalisation, colocation, garantie locative, etc. », in *Baux d'habitation commerciaux et à ferme. Actualités sur fond de régionalisation*, V. PIRSON (éd.), Limal, Anthemis, 2016, p. 36, n° 47. Voy. dans le même sens : N. VAN LEUVEN, « De Antidiscriminatiewet en de huurovereenkomst », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, p. 128, n° 37.

Une décision prononcée par le Président du Tribunal de première instance de Namur le 5 mai 2015 illustre ces propos[635]. Une annonce publique de bail réservait la location à des locataires engagés dans un contrat de travail à durée indéterminée. Le Centre interfédéral pour l'égalité des chances a agi en cessation à l'encontre de cette réserve jugée discriminatoire. Le Président du Tribunal de première instance de Namur a fait droit à cette opinion. Pour le haut magistrat, il apparait que le propriétaire de l'immeuble « exclut *de facto* la candidature de locataires qui, tout en étant parfaitement solvables car bénéficiant de revenus réguliers (en tout cas pas moins que les salariés "à durée indéterminée" dont l'emploi n'est pas pour autant garanti), ne sont pas néanmoins des travailleurs actifs : les bénéficiaires de revenus mobiliers ou immobiliers, les couples de pensionnés, d'invalides, etc. »[636]. En conclusion, le Président décide « [qu'il] doit être constaté que X. échoue à démontrer le but légitime qu'il vante »[637].

Enfin, certains auteurs écrivent qu'une offre publique de location peut contenir une réserve sur la moralité des candidats-locataires[638]. Cette idée se comprend à la lumière de l'objet concret de certains baux : aussi en est-il lorsque l'offre publique de location concerne un immeuble de *standing* ou une partie de la maison des propriétaires. En règle, il convient d'attribuer une nature subjective à cette restriction. Cette dernière reposera rarement sur un critère précis et extérieur à la volonté du propriétaire ; l'appréciation de la moralité d'un candidat-locataire dépend, en règle, du ressenti propre du futur bailleur. La présence de cette réserve disqualifie donc l'offre publique de bail en invitation à entrer en négociations[639].

B. Les sanctions attachées à une réserve personnelle discriminatoire ou illégitime

96. Conséquences d'une réserve personnelle discriminatoire : nullité de la réserve. – Il arrive que l'auteur d'une réserve n'arrive pas à démontrer que la distinction qu'il a opérée repose sur un critère légitime, pertinent et proportionné à l'objectif qu'il poursuit comme les lois antidiscrimination le requièrent[640]. Dans ce cas, la réserve injustifiée encourt la nullité[641].

L'article 15 de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination indique effectivement que « Sont nulles, les dispositions qui sont contraires à la présente loi, ainsi que

---

635 Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 781.
636 *Ibidem*, spéc. p. 782.
637 *Ibidem.*
638 J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 33, n° 2.12 ; C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 559, n° 19 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45.
639 Lyon, 16 mai 1928, *D.P.*, 1928, II, p. 197, note P. VOIRIN, *S.*, 1928, II, p. 135, note R. DEMOGUE. Voy. not. dans le même sens en doctrine belge : C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 559, n° 19 559, n° 19 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15, n° 5 ; Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, p. 33, n° 45.
640 Voy. sur les justifications des discriminations : J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 51-56, nos 14-19 ; B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, pp. 36-45.
641 C. Const., 2 avril 2009, n° 64/2009, n° B.12.3.

les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis par la présente loi »[642]. Les travaux préparatoires de cette loi précisent que la disposition précitée consacre un cas de nullité absolue[643]. Ces principes se retrouvent à l'article 20 de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ainsi qu'à l'article 13 de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

La nullité d'une réserve personnelle n'affecte normalement pas l'ensemble de l'offre ou de l'annonce qui la contient. En effet, dans un arrêt du 2 avril 2009, la Cour constitutionnelle a décidé que « la sanction de nullité ne frappe pas l'ensemble de la disposition, de l'acte ou de la convention qui contient la clause interdite par la loi [du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination], mais uniquement cette clause »[644]. Pour la Cour, la nullité partielle de l'acte attaqué vaut pour toute offre de contracter ou toute annonce faite au public, puisque « les actes unilatéraux ou les conventions non écrits sont, comme les mêmes actes quand ils font l'objet d'un écrit, entièrement soumis aux dispositions de la loi attaquée »[645]. L'acte reste valable à la condition que la clause annulée ne porte pas atteinte à son économie[646].

97. Place de l'exécution en nature dans le cadre de l'offre de contracter. – Selon nous, lorsqu'il apparait que l'auteur de la discrimination a émis une véritable offre de contracter – au public ou à personne déterminée – complète et ferme, la victime d'une restriction jugée discriminatoire peut normalement en réclamer l'exécution en nature auprès du juge.

La Cour de cassation considère que « l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire »[647]. Ce principe fondamental s'applique à toutes les sortes d'obligations, dont celles issues d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté tel que l'offre de contracter[648]. En principe, dans cette

---

[642] La Cour constitutionnelle a annulé les termes « par avance » qui figurent dans l'article 15 de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (C. Const., 2 avril 2009, n° 64/2009, n° B.13.3). Cette décision mérite l'approbation : il n'est effectivement pas possible de renoncer par avance au bénéfice d'une norme impérative ou d'ordre public.

[643] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, Doc. n° 51-2722/001, p. 56.

[644] C. Const., 2 avril 2009, n° 64/2009, n° B.12.4.

[645] *Ibidem*. Le cas échéant, la nullité pourrait se limiter à la partie de la *clause* qui contient la réserve. La Cour de cassation a consacré la nullité partielle des clauses contractuelles dans deux décisions. Dans un arrêt du 23 janvier 2015, la Cour de cassation a affirmé que « *Indien een overeenkomst of een beding strijdig is met een bepaling van openbare orde en bijgevolg nietig is, kan de rechter indien een partiële nietigheid mogelijk is, de nietigheid, behoudens de wet zulks verbiedt, beperken tot het met deze bepaling strijdig gedeelte van de overeenkomst of beding op voorwaarde dat het voortbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of beding beantwoordt aan de partijbedoeling* » (Cass., 23 janvier 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 188, note F. PEERAER). La Cour a confirmé cette idée dans un autre arrêt du 25 juin 2015 où elle a précisé que « *Indien de gedeeltelijke vernietiging van een […] beding mogelijk is, kan de rechter de nietigheid ervan beperken tot het gedeelte dat strijdig is met de openbare orde, voor zover het behoud van het gedeeltelijk vernietigde beding beantwoord aan de bedoeling van de partijen* » (Cass., 25 juin 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 187, note. F. PEERAER).

[646] Voy. not. sur la compatibilité de la nullité partielle avec le maintien d'un acte juridique : F. PEERAER, « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebeding in het gemene recht », obs. sous Cass. 23 janvier 2015 et 25 juin 2015, *R.G.D.C.*, 2016, pp. 188- 198 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », obs. sous Cass. 23 janvier 2015 et 25 juin 2015, *R.W.*, 2015-2016, pp. 1187-1193 ; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 717-721 et pp. 727-734.

[647] Cass., 30 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 672. Dans le même sens : Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 372.

[648] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 66, n° 56 ; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, « La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime général et sanctions », in *Le processus de*

logique, l'acceptant discriminé peut réclamer la conclusion forcée du contrat. Ainsi en est-il lorsqu'un bailleur émet, par exemple, une offre de contracter à des locataires solvables avant subitement de refuser de contracter en raison d'une réserve sur leur origine ethnique qui ne se justifie par aucune raison légitime, pertinente et proportionnée à l'objectif du contrat projeté.

Toutefois, en vertu des principes classiques, il convient d'admettre que l'exécution en nature reçoit exception en présence d'une impossibilité d'exécution ou d'un abus de droit[649]. L'impossibilité d'exécution s'envisage principalement sous deux formes différentes dans le cadre de l'offre. Une impossibilité d'exécution se conçoit d'abord lorsque l'offrant ne peut juridiquement plus contracter avec l'acceptant illégitimement discriminé parce qu'il a conclu le contrat avec un tiers de bonne foi[650]. Par exemple, un bailleur peut avoir conclu un contrat avec un tiers de bonne foi après avoir émis une réserve discriminatoire à l'encontre du premier acceptant. Une impossibilité d'exécution peut aussi revêtir une forme morale : ainsi n'est-il pas possible de forcer l'offrant à contracter lorsque la confiance constitue *in concreto* l'élément déterminant de la relation contractuelle. Une telle relation particulière nous semble faire psychologiquement obstacle à la conclusion d'un « contrat-sanction »[651]. Un acceptant discriminé ne pourrait réclamer que des dommages et intérêts quand un contrat de travail projeté se fonde sur une relation personnelle, c'est-à-dire sur la collaboration étroite du travailleur et de l'employeur. La relation qui existe entre un employeur et un secrétaire privé en fait partie[652].

Ces propos ont une portée qui dépasse le cadre des lois antidiscrimination. Il y a donc place pour l'exécution en nature lorsque l'offrant a refusé de contracter avec l'acceptant en raison d'une réserve qui ne se justifie pas *in concreto* au regard des clauses de l'acte, de l'objet du contrat projeté, de la finalité contractuelle, de la loi ou d'un principe de bonne conduite (*supra*, n^{os} 85-88). C'est aussi vrai dès lors que l'offrant refuse de contracter alors que l'acceptant possède la qualité formant l'objet de la réserve objective émise (*supra*, n^{os} 92-95).

§4. – Conclusion intermédiaire

98. Champ d'application des réserves à l'offre publique de contracter faite *intuitu personae*. – La doctrine souligne peu que le fait de s'interroger sur l'existence d'une réserve subjective ou d'agrément à l'offre publique faite *intuitu personae* parait souvent théorique.

La disqualification d'une offre publique en invitation à entrer en pourparlers peut d'abord résulter de l'indétermination de son objet et donc de son absence de caractère complet. Cette idée se vérifie pour les contrats où l'objet des obligations du proposant dépend de la personnalité de l'acceptant. En pratique, une institution financière pourra difficilement définir *a priori* le taux d'intérêt d'un crédit accordé à une entreprise ou à un titulaire de profession

---

formation du contrat, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 117-118, n° 42. Cons. également sur cette question : C. CAUFFMAN, « Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS et S. STIJNS (éds.), Anvers, Intersentia, 2002, pp. 15-16.

649 Cass., 30 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 672 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 372.

650 P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 159-160, n° 135.

651 Voy. dans un sens similaire : Fr. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, pp. 36-37, n° 52.

652 L'exemple du secrétaire privé revient souvent pour expliquer les situations dans lesquelles il existe une relation personnelle – de confiance – entre l'employeur et le travailleur qui met fin au contrat lors du décès du premier (article 33 de la loi du 3 juillet 1978). Voy. not. à ce sujet : W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 712.

libérale sans avoir analysé sa personne et mesuré le risque qu'il représente. Plusieurs offres adressées au public ont également un caractère incomplet pour des raisons étrangères à la personne de l'acceptant. Dans cette logique, il apparait que les offres publiques d'emploi ne font que rarement mention de tous les éléments essentiels du contrat de travail (*supra*, n° 82).

Ensuite, les législations instaurant un formalisme de protection ont une influence sur le caractère complet d'une offre publique. Ainsi l'article VII.78, §§ 2 à 4, du Code de droit économique prescrit-il une série de conditions contractuelles et de mentions dont le consommateur doit prendre connaissance avant de donner son accord au crédit. Toutefois, ces mentions ne figurent jamais toutes dans une annonce publique de crédit. C'est pour cette raison que ces annonces de crédit ne constituent donc pas de véritables offres *ab initio* (*supra*, n° 83).

99. Objet des réserves personnelles à l'offre faite *intuitu personae*. – Les cours et tribunaux apprécient souverainement la volonté de l'offrant et, de ce fait, s'il a voulu émettre une réserve implicite à l'offre qu'il a adressée au public (*supra*, n° 85).

Tout d'abord, une réserve personnelle peut ressortir implicitement de l'examen de l'objet concret de l'offre, bien que le contrat projeté n'ait pas une nature *intuitu personae*. La restriction portant sur la moralité d'un candidat-locataire à un immeuble de *standing* l'illustre. En outre, la référence à l'objet de l'offre permet aussi d'écarter certaines qualités ou de préciser le contenu de la réserve dans les contrats *intuitu personae* par nature : ainsi une réserve sur les compétences d'un candidat à l'emploi ne parait-elle pas légitime quand la fonction proposée consiste à charger et décharger des wagons d'un train de marchandises (*supra*, n^{os} 87-88).

Certaines réserves se comprennent également à la lumière de la finalité du contrat à conclure. En effet, s'agissant notamment des crédits accordés aux entreprises, les banques s'interrogent sur le but du crédit sollicité pour déterminer si le candidat-emprunteur dispose des compétences ou de l'expérience nécessaire afin de mener son projet à bon terme. En outre, la loi ou un principe de bonne conduite peut justifier l'existence d'une restriction sur certaines qualités. La réserve sur la solvabilité du candidat au crédit se fonde sur une règle de conduite que toute banque doit respecter. Les articles VII.77 et VII.133 du Code de droit économique ont consacré cette obligation pour les crédits accordés aux consommateurs ; tel est aussi le cas de l'article 5 de la loi du 21 décembre 2013 relative au financement des P.M.E. (*supra*, n° 86).

En définitive, ces principes s'appliquent à l'offre de contracter faite à personne déterminée, même s'il est vrai que l'admissibilité des réserves personnelles pose question pour cette sorte de pollicitation. Certains auteurs belges écrivent, à juste titre, qu'une telle offre reste obligatoire en dépit de la présence d'une certaine dose d'*intuitus personae* : il n'y a pas de place pour une réserve lorsque l'offrant a pris connaissance ou quand il a raisonnablement eu l'occasion de prendre connaissance des qualités du destinataire de son acte (*supra*, n° 90).

100. Nature des réserves personnelles à l'offre faite *intuitu personae*. – Les juridictions apprécient souverainement et concrètement l'incidence qu'a une réserve sur l'offre de contracter adressée au public ou à une personne déterminée (*supra*, n° 92).

1° Une réserve a une nature objective – et ne disqualifie pas l'offre – si elle repose sur un critère extérieur à la volonté de l'offrant et dont la réalité peut être vérifiée (*supra*, n° 92).

La formulation concrète de la réserve revêt de l'importance afin de déterminer sa nature. En effet, l'offrant formule parfois une réserve avec une précision telle qu'elle lui confère une

nature objective : ainsi en est-il notamment lorsqu'un employeur limite l'offre d'emploi à des candidats nantis d'un extrait de casier judiciaire vierge. Par ailleurs, l'appréciation d'une réserve peut reposer implicitement sur des données extérieures à la volonté de l'offrant : l'analyse de la solvabilité de l'emprunteur vise à déterminer s'il a la capacité de rembourser son crédit sur la base de données historiques, prospectives ou de profilage (*supra*, n^{os} 93-94).

Les lois du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination influencent également la nature d'une réserve personnelle. Un futur employeur ne peut pas sélectionner les acceptants au départ de leur âge sans alléguer un motif essentiel et déterminant au regard de la nature et de l'exercice de la fonction proposée : une offre d'emploi de pompier peut limiter son périmètre à des candidats de moins de trente ans vu les qualités physiques requises par cette fonction ; à l'inverse, une offre d'emploi de comptable ne peut se limiter à des candidats juniors afin de réaliser des économies de salaire alors qu'un senior sied à la fonction (*supra*, n° 94).

2° Une réserve comporte une nature subjective – c'est-à-dire une réserve d'agrément – à partir du moment où son auteur la formule *in concreto* d'une manière qui lui permet de conserver la maitrise quasi-discrétionnaire sur la conclusion de la convention projetée.

Une restriction présente une telle nature quand l'offrant la formule avec si peu de précision que son application devient subjective et donc discriminatoire. L'offre de contracter perd alors sa fermeté. L'appréciation de la moralité d'un candidat à l'emploi dépend du ressenti de l'employeur *en l'absence* de critère précis sur lequel se fonder ; il en va également ainsi pour l'appréciation de la moralité du candidat au crédit ou à une location (*supra*, n^{os} 93-95).

D'autres réserves personnelles peuvent revêtir un caractère subjectif. Il est ainsi admis qu'un employeur dispose, en règle, d'une large marge d'appréciation afin de déterminer si les compétences techniques et humaines du candidat à l'emploi correspondent au poste à pourvoir (*supra*, n° 94). La restriction relative à la capacité, à l'expérience et à la réputation de l'emprunteur suit ces principes. La décision de la banque ne repose pas sur un critère précis, mais sur un ensemble d'éléments qui laissent un large pouvoir d'appréciation (*supra*, n° 93).

Conclusion du chapitre

101. Réserve d'agrément à l'offre classiquement présumée sur la base de la nature *intuitu personae* du contrat projeté. – Une partie de la doctrine estime classiquement qu'une offre contient une réserve subjective – ou d'agrément – tacite lorsque le contrat projeté revêt une nature *intuitu personae.* Selon ces auteurs, cet acte constitue toujours une invitation à entrer en pourparlers. Il en va ainsi pour l'offre de crédit, d'emploi ou de location (*supra*, n° 77).

Si cette approche se vérifie parfois dans les faits, elle connait deux axes d'amélioration. Dans certains cas, les juridictions ont reconnu la fermeté d'offres *intuitu personae* faites à une personne déterminée, car son auteur avait connaissance des qualités de son destinataire. Ensuite, à l'instar de l'erreur sur la personne, la référence à la nature du contrat à conclure ne permet pas toujours de déterminer avec précision les qualités prises en compte par l'offrant. Cette étape s'impose pourtant afin de voir si la restriction tombe notamment sous le coup des lois antidiscrimination. Enfin, déduire automatiquement une réserve d'agrément au départ de la nature *intuitu personae* du contrat projeté présente parfois le risque de se fonder sur une opinion qui manque de finesse. L'offre publique de location l'illustre en pratique (*supra*, n° 78).

Dès lors, compte tenu de ces réflexions, il nous parait utile d'opter pour une approche plus complète et plus précise des réserves à l'offre *intuitu personae*. Leur *objet* – c'est-à-dire la qualité prise en compte par l'offrant – s'apprécie alors *in concreto* comme dans le régime de l'erreur sur la personne ; de même, s'agissant de leur *nature,* il faut analyser en fait la marge d'appréciation dont jouit l'auteur de l'offre afin de voir si sa restriction lui permet de conserver – ou non – la maitrise sur la conclusion du contrat en cas d'acceptation (*supra*, n° 79).

102. Amélioration du régime des réserves personnelles à l'offre *intuitu personae*. – Le régime des réserves personnelles à l'offre faite *intuitu personae* se construit en trois étapes.

Dans un premier temps, il est vrai que le fait de s'interroger sur l'existence d'une réserve d'agrément à l'offre *intuitu personae* faite au public aura peu d'intérêt dans certains cas. Plusieurs offres publiques acquièrent un caractère complet quand leur auteur a égard aux qualités de son destinataire et qu'il peut ainsi définir la portée de ses obligations et même celles de l'acceptant. Les offres publiques de crédit adressées aux professionnels en témoignent. Dans d'autres cas, la disqualification de l'offre publique résulte du fait que la proposition ne présente pas tous les éléments essentiels du contrat projeté : ainsi en est-il de la plupart des offres publiques d'emploi et de location d'habitation. En outre, lorsque l'annonce publique entre dans le champ de règles protectrices du consommateur, elle ne comprend jamais toutes les mentions prescrites à peine de nullité par la législation en cause. Il ne s'agit donc pas d'une offre complète. Les publicités de crédit faites au consommateur illustrent cette idée (*supra*, n° 98).

Dans un second temps, l'objet d'une réserve s'apprécie *in concreto* à la lumière de différents éléments de l'offre en cause. La référence à l'objet concret de certains baux à conclure permet d'abord de comprendre l'origine d'une réserve sur la solvabilité et la moralité du candidat locataire ; l'existence d'une restriction sur la moralité d'un candidat à l'emploi suit cette logique. D'un autre côté, l'examen du but poursuivi par certains candidats-emprunteurs explique l'existence d'une réserve sur leur compétence, leur expérience et leur réputation. Enfin, dans d'autres situations, il nous semble que les juridictions peuvent présumer la présence d'une réserve sur l'une des qualités de l'acceptant : tel est le cas si la loi ou un principe de bonne

conduite impose à l'offrant de tenir compte d'une qualité et donc de se renseigner sur l'une des qualités de l'acceptant. Il s'agit du cas de la solvabilité dans l'offre de crédit (*supra*, n° 99).

Dans un troisième temps, il apparait que la nature d'une réserve dépend aussi en large partie des circonstances de la cause. Une restriction revêt une nature objective dès lors qu'une offre la formule avec suffisamment de précision pour délimiter son champ d'application et donc pour contraindre l'offrant à contracter avec le premier acceptant venu. En outre, la jurisprudence impose parfois au pollicitant de tenir compte d'éléments objectifs afin d'apprécier la portée d'une restriction. Dans le même sens, les législations antidiscrimination protègent certaines qualités à la base d'une restriction : l'offrant doit alors montrer qu'elle repose sur un motif légitime, pertinent et proportionné à l'objectif qu'il poursuit concrètement. En revanche, un réserve comporte une nature subjective lorsqu'elle se fonde sur un critère qui laisse à son auteur la maitrise quasi-discrétionnaire de la conclusion du contrat. Une telle restriction se rencontre, en pratique, quand elle ne repose pas sur un critère précis et que rien n'impose à son auteur de tenir compte d'éléments objectifs pour en apprécier la réalité. Ainsi en est-il en présence d'une réserve sur la moralité ou sur les compétences (*supra*, n° 100).

Chapitre 3. La liberté discrétionnaire de choix du cocontractant *intuitu personae*

Introduction du chapitre

103. Illustrations. – Une personne peut sélectionner son futur cocontractant *intuitu personae* de façon discrétionnaire : elle ne doit pas motiver son refus de contracter et nul ne peut contrôler sa décision[653]. Cette apparente simplicité cache des questions plus complexes.

Trois exemples le montrent.

Dans le secteur bancaire, une banque peut-elle alléguer le caractère *intuitu personae* du contrat de compte afin de refuser de contracter avec un client sans se justifier, parce qu'elle estime qu'il ne présente pas la solvabilité nécessaire pour assumer les frais de gestion ?[654]

Le domaine de la distribution commerciale sélective illustre également ces propos. L'*intuitus personae* permet-il à un fournisseur de refuser d'agréer un distributeur, alors que ce dernier satisfait à tous les critères objectifs requis pour entrer dans le réseau de distribution ?[655]

Enfin, s'agissant du contrat de travail, son caractère *intuitu personae* autorise-t-il l'employeur à refuser de contracter, sans avoir à motiver sa décision, avec un candidat à l'emploi présentant toutes les qualités pour exercer la fonction, mais qu'il estime trop vieux ?[656]

104. Plan du chapitre. – Ces exemples fournissent un aperçu des tensions qui existent entre la considération de la personne et les impératifs sociaux d'accès à certains services, de concurrence ou encore d'égalité et de non-discrimination lors de la conclusion d'un contrat.

Nous développerons ces difficultés dans ce chapitre.

---

653 Voy. not. à cet égard : G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 118, n° 163 ; D. BLOMMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit », in *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, F. ROZENBERG (éd.), Limal, Anthemis, 2014, p. 36, n° 6 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 63, n° 62 ; P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 123, n° 255 et p. 153, n° 20 ; E. VAN DEN HAUTE, « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 10, n° 17 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 155, n° 129 ; C. ALTER, « Droit bancaire général – Réglementation – Devoirs du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. not.*, t. IX, L. 1-II, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 207, n° 235 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 71, n° 2 ; L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 922, n° 11 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. II.1.4-32 - II.1.4-33, n° 2.11 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 307, n° 423.

654 J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 307, n° 423.

655 Voy. not. : C.J.C.E., 22 octobre 1986, C-75/84, aff. *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission européenne* ; C.J.C.E., 25 octobre 1983, C-107/82, aff. *AEG-Telefunken c. Commission européenne*.

656 Voy. not. : C.J.C.E., 12 janvier 2010, C-229/08, aff. *Colin Wolf c. Stadt am Main* ; C.T. Anvers, 22 juin 2011, A.R. n° 2010/AA/456, http://unia.be.

Dans un premier temps, nous examinerons le rôle que la doctrine attribue à l'*intuitus personae* lors de la sélection du cocontractant qui le justifie. Selon une conception classique, nous verrons que ce caractère confère toujours le droit discrétionnaire de refuser de contracter à son titulaire. Nous montrerons qu'il est possible d'affiner cette approche (*infra*, n^{os} 105-116).

En outre, dans un deuxième temps, nous établirons un panorama des différentes limites légales et jurisprudentielles qui réduisent la marge d'appréciation dont jouit le bénéficiaire de l'*intuitus personae* afin de sélectionner son futur cocontractant (*infra*, n^{os} 117-155).

Section 1re. La conception classique de la liberté discrétionnaire de choix du cocontractant *intuitu personae*

105. Plan. – Nous décrirons d'abord les conséquences classiquement attribuées par une partie de la doctrine et de la jurisprudence au choix discrétionnaire du cocontractant à la base du caractère *intuitu personae* de la convention (**§1er**). Ensuite, lors d'un second paragraphe, nous proposerons d'affiner cette approche qui peut faire l'objet d'axes d'amélioration (**§2**).

§1er. – Approche classique des effets de l'intuitus personae sur la liberté de contracter et de ne pas contracter

106. Liberté contractuelle et effets de l'*intuitus personae*. – Il revient à la doctrine et la jurisprudence d'avoir cerné la notion, les caractéristiques et les restrictions de la liberté contractuelle (**A**) ; il en va également ainsi pour le rôle de l'*intuitus personae* en son sein (**B**).

A. La notion, les caractéristiques et les limites de la liberté contractuelle

107. Notion de liberté contractuelle. – Le Code civil ne définit pas le principe de la liberté contractuelle. En droit belge, cette notion fondamentale signifie que toute personne dispose du libre choix de contracter ou de ne pas contracter ou, autrement dit, de refuser de contracter ; la liberté et le refus de contracter constituent, de la sorte, les deux faces d'une même pièce[657].

La majeure partie de la doctrine enseigne ainsi que la liberté contractuelle des cocontractants trouve sa source dans les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique[658]. Aux termes de l'article II.3 de ce code, « Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix ». L'article II.4 ajoute, quant à lui, que « La liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives ». Dans cet ordre d'idées, plusieurs auteurs soulignent également que le principe de l'autonomie de la volonté constitue un autre fondement de la liberté contractuelle[659].

---

[657] A. DE BOECK, « De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2014, pp. 224-225, n° 12 ; Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 578, nos 36-37 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1183, n° 4.

[658] Ces articles ont repris la substance du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qui a été abrogé lors de l'entrée en vigueur du Code de droit économique.

[659] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 555, n° 350 ; A. DE BOECK, « De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2014, p. 223, nos 8-9 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1183, n° 4 ; I. DURANT, « La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, P. VAN OMMESLAGHE et J.-Fr. GERMAIN (éds.), Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, p. 44, n° 6 ; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, « La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime général et sanctions », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 79-80, n° 3 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 448-449, n° 4.2.3 ; A. VAN OEVELEN, « Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten », *D.A.O.R.*,1990, n° 14, pp. 47-48, n°6.

Ensuite, s'agissant de son contenu, la liberté contractuelle comporte principalement deux aspects. *Primo*, elle renvoie au fait que les futures parties peuvent définir la teneur du contrat à conclure, c'est-à-dire préciser son contenu obligationnel – les droits et les obligations – et son contenu normatif – les règles régissant le cadre de leur relation. *Secundo*, ce concept autorise une personne à choisir librement la personne avec qui elle veut contracter[660].

Nous focaliserons notre propos sur ce deuxième aspect de la liberté contractuelle.

108. Caractéristiques et limites de la liberté contractuelle. – La liberté de choisir son cocontractant comporte deux caractéristiques essentielles ainsi que plusieurs limites.

Tout d'abord, certains auteurs rappellent que le refus de contracter reste la base et non l'exception : il ne s'agit pas, en règle, d'un acte illicite[661]. L'effectivité de la liberté contractuelle suppose aussi que l'auteur d'un refus ne doit pas faire connaitre les raisons qui fondent sa décision. En principe, il n'existe pas d'obligation générale de motivation du refus de contracter. La Cour de cassation a rallié cette conception. Dans un arrêt du 13 septembre 1991, elle a effectivement décidé que « celui à qui l'on fait une offre n'a aucune obligation de l'accepter à moins qu'une disposition légale ne l'y oblige ; [attendu] qu'il s'ensuit que celui à qui l'on fait une offre et qui ne souhaite pas l'accepter ne doit pas faire connaître les raisons de son refus »[662].

En revanche, le principe de la liberté contractuelle connait plusieurs limites sur lesquelles nous reviendrons. Dans certains cas, la loi peut d'abord obliger une personne à entrer en relation contractuelle avec une autre sans lui laisser la possibilité de choisir son futur cocontractant[663]. Le titulaire de la liberté contractuelle doit également exercer cette prérogative dans le respect des règles protectrices de l'égalité imposées par les lois de concurrence économique[664] et par les lois antidiscrimination du 10 mai 2007[665]. Enfin, dans un arrêt du 7

---

[660] Voy. not. à cet égard : A. DE BOECK, « De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2014, pp. 224-226, n[os] 11-14 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1183, n° 4 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 448-449, n° 4.2.3 ; A. VAN OEVELEN, « Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten », *D.A.O.R.*,1990, n° 14, pp. 47-48, n°6.

[661] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 555-558, n° 351 ; A. DE BOECK, « Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 492 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1183, n° 4 ; S. CLAEYS, *Franchising*, Bruges, die Keure, 2009, p. 478, n° 586 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 448-449, n° 4.2.3 ; D. VAN BUNNEN, « Refus de vente et distribution sélective », *D.A.O.R.*, 1990, n° 13, p. 52.

[662] Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 33, spéc. p. 36.

[663] Voy. not. article VII.57 du Code de droit économique relatif au service bancaire de base. Cons. not. sur les obligations de contracter en droit belge : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 558-567, n[os] 352-358.

[664] Voy. not. l'article IV.1, §1[er], du Code de droit économique et l'article 101, §1[er], du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au sujet des accords verticaux qui restreignent la concurrence : R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8[e] éd., Oxford University Press, 2015, pp. 655-720 ; J.-Fr. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 190-219.

[665] Voy. not. : la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007 (dite « loi générale ») ; la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007 (dite « loi genre ») ; la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 30 mai 2007 (dite « loi anti-racisme »).

octobre 2011, la Cour de cassation a décidé qu'un refus de contracter ne peut pas heurter le principe général de l'interdiction de l'abus de droit[666] (*infra*, n[os] 112-113).

B. Le choix discrétionnaire du cocontractant justifiant l'*intuitus personae*

109. Théorie du renforcement de la liberté contractuelle. – Selon une conception classique, la présence d'un contrat *intuitu personae* amplifie la marge d'appréciation dont jouit son bénéficiaire pour sélectionner son contractant : il peut le choisir de façon discrétionnaire[667].

Il existe plusieurs traces de cette opinion en droit belge.

Le domaine des conventions bancaires l'illustre au premier chef. S'agissant du contrat de compte, J. Van Ryn et J. Heenen ont écrit que « Le banquier peut-il, sans donner de motifs, refuser de conclure le contrat de compte ? On enseigne généralement l'affirmative parce que les contrats bancaires sont dominés par l'*intuitus personae* »[668] ; de même, comme le constatent C. Alter, G. Jakhian, J. Linsmeau, J.-P. Schuermans et M. Vandemeulebroeke, « L'on enseignait autrefois traditionnellement que le banquier pouvait, sans donner de motif, refuser de conclure le contrat de compte, au motif que les contrats bancaires étaient dominés par l'*intuitus personae*. Tout au plus précisait-on que le banquier serait, en principe, obligé de contracter lorsque le demandeur est commerçant, corollaire de l'obligation imposée à ce dernier de se faire ouvrir un compte dans un des établissements de crédit énumérés par la loi »[669].

Certains auteurs ont également étendu ce point de vue aux conventions de crédit. Pour D. Blommaert et C. Alter, « Le contrat de crédit est, par nature, un contrat *intuitu personae* et le banquier est en principe libre de refuser de contracter un tel contrat »[670]. Dans cette perspective, J.-P. Buyle, M. Delierneux et A. Willems remarquent aussi « [qu'*en*] *matière de*

---

[666] Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2148, concl. av. gén. A. HENKES, *R.C.J.B.*, 2013, p. 537, note Th. LÉONARD, *R.G.D.C.*, 2012, p. 489, note A. DE BOECK, *R.W.*, 2010-2011, p. 1181, note S. STIJNS et S. JANSEN.

[667] Voy. not. en droit belge : G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 118, n° 163 ; D. BLOMMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit », in *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, F. ROZENBERG (éd.), Limal, Anthemis, 2014, p. 36, n° 6 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 63, n° 62 ; P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 123, n° 255 et p. 153, n° 20 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 71, n° 2 ; L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 922, n° 11 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 307, n° 423. Voy. not. en droit français : M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, p. 261 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 233, n° 347 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 53, n° 42 ; A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 787, n° 47.

[668] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 307, n° 423.

[669] G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 118, n° 163. Voy. également dans le même sens : C. ALTER, « Droit bancaire général – Réglementation – Devoirs du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. not.*, t. IX, L. 1-II, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 207, n° 235.

[670] D. BLOMMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit », in *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, F. ROZENBERG (éd.), Limal, Anthemis, 2014, p. 36, n° 6.

compte, la doctrine classique considère qu'il n'existe pas de droit général à l'ouverture d'un compte dans la mesure où la convention de compte est teintée d'*intuitu personae* dans le chef du client de manière telle que la banque est toujours libre de contracter ou non sans avoir à justifier sa position ; *en matière d'opération de crédit*, il est généralement admis que le créditeur peut refuser de contracter : le banquier peut refuser d'ouvrir ou d'augmenter un crédit sans avoir à justifier sa décision : sa liberté d'appréciation est totale et sa décision discrétionnaire »[671].

De surcroit, il apparait que l'*intuitus personae* justifie le choix discrétionnaire du distributeur commercial. M. Malaurie-Vignal souligne ainsi, en droit français, que « l'*intuitu personae* permet de justifier que le choix du concessionnaire par le fournisseur soit souverain. Il n'est soumis à aucun contrôle. Il a ainsi été jugé que l'accès au réseau ne dépend pas de la seule conformité à des critères objectifs car le concessionnaire est bénéficiaire d'un territoire »[672]. Aussi L. du Jardin s'oppose-t-il à la reconnaissance d'un droit d'agrément au profit du distributeur qui répond aux critères de sélection du réseau sur la base de motifs relatifs à l'*intuitus personae* : « il s'agirait aussi de concilier, dans le chef du fournisseur, une prétendue obligation de sélection avec : – d'une part, la liberté contractuelle dont il a été rappelé qu'elle constitue le principe en droit de la distribution […] – d'autre part, le caractère *intuitu personae* qu'il faudra le plus souvent reconnaitre au contrat de distribution lui-même. Le distributeur est choisi en raison de ses qualités personnelles : comment pourrait-il s'imposer ? »[673].

110. Conséquences de la liberté discrétionnaire de choix du cocontractant *intuitu personae*. – Les citations reproduites au point précédent font également état des conséquences classiquement attachées à la théorie du renforcement de la liberté contractuelle : le bénéficiaire de l'*intuitus personae* ne doit pas se justifier et nul ne peut contrôler son refus de contracter [674].

Certains auteurs ont déjà synthétisé cette idée. Dans cette logique, lorsque l'*intuitus personae* entraine la disqualification d'une offre en simple invitation à entrer en pourparlers, A. Vialard a écrit que « le pollicitant a une faculté discrétionnaire de choix : dans les contrats comportant un *intuitus personae*, l'auteur de l'offre adressée au public peut toujours refuser de contracter sans autre motif que le fait que la personne qui se présente ne lui plaît pas »[675].

Deux décisions illustrent ces propos dans le domaine des crédits.

---

[671] J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 71, n° 2.

[672] M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, p. 261.

[673] L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 922, n° 11. Dans le même sens de la part de cet auteur : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 63, n° 62. Voy. not. dans un sens similaire : P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 123, n° 255 et 153, n° 320.

[674] G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 118, n° 163 ; P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 123, n° 255 et p. 153, n° 20 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 71, n° 2 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 307, n° 423. Voy. not., à ce sujet, en droit français : M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, p. 261 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 241-242, n° 359.

[675] A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 787, n° 47.

Une première espèce concerne un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 février 2007[676]. Un établissement de crédit a rompu les négociations fort avancées au sujet de l'octroi d'un important crédit. Le candidat conteste cette décision qu'il estime abusive à la lumière de son dossier. La Cour d'appel a rejeté cette prétention. Elle a d'abord rappelé que « Le principe de la liberté contractuelle, renforcé en matière commerciale par la liberté de la concurrence, induit le droit de contracter ou non en choisissant librement son cocontractant en subordonnant la conclusion d'un contrat au respect de ses propres exigences »[677]. De la sorte, elle a décidé que « Les banques ne sont pas chargées d'un service public leur imposant de réserver suite à ceux qui s'adressent à elles pour financer leur projets, quand bien même des garanties de remboursement seraient données. L'essence même du crédit étant la confiance, les conventions d'octroi de crédit sont marquées par l'*intuitu personae* et le banquier, qui n'est pas en position monopolistique, conserve toujours sa liberté d'octroyer ou non le crédit sollicité »[678].

Une deuxième affaire a trait à un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 septembre 1999[679]. Une banque a refusé de renouveler les crédits conclus à durée déterminée d'un client après avoir constaté plusieurs larges dépassements les années précédentes et le fait que sa trésorerie s'amenuisait dangereusement. Le client l'assigne alors notamment pour abus du droit du refus de contracter. La Cour n'a pas fait droit à cette demande. Pour elle, les caractères personnel et consensuel du crédit justifient « [qu'en] principe, le banquier peut refuser le crédit sans avoir à justifier sa décision ; que sa liberté d'appréciation est totale et sa décision est discrétionnaire ; que ce principe s'applique à la politique des crédits qu'il entend mener, à l'augmentation du montant d'un crédit antérieurement consenti ou à sa prorogation, sauf à respecter les engagements particuliers qu'il aurait pris et les principes qui président à la dénonciation du crédit lorsque celui-ci a été accordé pour une durée indéterminée »[680].

Selon nous, ce point de vue correspond à l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae* : le renforcement de la liberté contractuelle du titulaire de ce caractère – absence de contrôle et de motivation de son choix – se justifie toujours par la nature de ces conventions.

§2. – Réflexions sur l'approche classique du choix discrétionnaire du cocontractant intuitu personae

111. Axes d'amélioration de l'approche classique. – Dans certaines situations, il parait logique de penser que la nature *intuitu personae* d'une convention en négociation renforce la marge d'appréciation dont jouit le titulaire de ce caractère pour choisir son cocontractant.

Cette opinion se comprend lorsque le contrat à conclure repose sur une forte subjectivité entre les parties, à l'instar de la plupart des contrats de donation[681], de certains baux à

[676] Bruxelles, 6 février 2007, *D.B.F.*, 2008, p. 176.
[677] *Ibidem*, spéc. p. 178.
[678] *Ibidem.*
[679] Bruxelles, 6 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 703.
[680] *Ibidem*, spéc. p. 708.
[681] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII-I, 2e éd., 1962, pp. 53-54, n° 28*bis.* Voy. également sur le rapport entre l'affection et l'*intuitus personae* en droit français : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 36-38, n° 18.

nourriture[682] ou de certains commodats[683]. La présence d'un haut degré de confiance ou d'affection rend le contrôle de l'exercice du refus de contracter difficile à envisager[684].

Toutefois, cette approche peut être affinée au regard des évolutions de certaines institutions. Nous suggérons ainsi deux axes de réflexion. Tout d'abord, la nature particulière d'une convention ne permet pas à son titulaire d'échapper aux différentes législations impératives ou d'ordre public réglementant le cadre dans lequel la liberté contractuelle doit s'exercer. Ces dispositions revêtent une importance croissante en pratique (*infra*, n° 112). En outre, selon certains, maints contrats *intuitu personae* reposent sur des fondements objectifs : rien ne s'oppose alors au contrôle judiciaire de l'exercice du refus de contracter (*infra*, n° 113).

112. Évolution des limites de la liberté contractuelle : multiplication des législations protectrices de l'égalité et de la non-discrimination. – Le législateur belge a multiplié les lois impératives et d'ordre public qui encadrent la liberté contractuelle pour des motifs d'égalité et de non-discrimination. Ces dispositions s'appliquent aux conventions *intuitu personae*[685].

Primo, les obligations de contracter illustrent cette idée. Ces obligations prennent place dans des domaines essentiels pour tout citoyen, tels que la fourniture de gaz et d'électricité[686], l'accès aux transports en commun[687] ou l'accès aux services postaux[688]. Certains secteurs classiquement colorés de l'*intuitus personae* n'y échappent pas : ainsi en est-il du service bancaire de base. La convention de compte constituait autrefois un des archétypes du contrat conclu en considération de la personne[689]. En revanche, l'article VII.57, §2, du Code de droit économique indique, à l'heure actuelle, que « Tout établissement de crédit doit offrir le service

---

[682] Voy. not. : M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Les soins à la croisée des chemins de la planification patrimoniale, de la philanthropie et de la protection des personnes vulnérables », *R.P.P.B.I.*, 2017, p. 52, n[os] 28-29. Voy. sur l'importance de la confiance et de l'affection dans le bail à nourriture en droit français : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 308-309, n° 436 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 9, n° 8 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234, n° 337.

[683] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119 ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, p. 16, n° 44.

[684] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 170, n° 307 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 241-242, n° 359.

[685] Cons. pour un panorama de ces limites à la liberté contractuelle : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. ; J.-Fr. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinages et de l'abus de droit (plus précisément dans le refus individuel de contracter) », *Rev. dr. ULB*, 2002, pp. 185-256.

[686] Pour la Région wallonne : l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public du marché de l'électricité, *M.B.*, 27 avril 2006.

[687] Arrêté royal du 21 décembre 2013 relatif au quatrième avenant au contrat de gestion portant sur la période 2008-2012, conclu entre l'État et la SA SNCB Holding, *M.B.*, 17 janvier 2014.

[688] Arrêté royal du 1[er] septembre 2016 approuvant le sixième contrat de gestion entre l'État et la société anonyme de droit public bpost pour la période 2016-2020, *M.B.*, 14 septembre 2016.

[689] G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2[e] éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 118, n° 163 ; C. ALTER, « Droit bancaire général – Réglementation – Devoirs du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. not.*, t. IX, L. 1-II, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 207, n° 235 et p. 228, n° 274 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 71, n° 2 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 307, n° 423.

bancaire de base. Tout consommateur a droit au service bancaire de base ». Cette atteinte à l'*intuitus personae* se justifie, selon une proposition de loi instaurant un service bancaire universel, par le fait que « Le droit aux services financiers est un droit fondamental »[690].

Secundo, les trois lois antidiscrimination du 10 mai 2007 constituent aussi une importante restriction au principe de la liberté contractuelle. Ces lois protègent une série de qualités qui ne peuvent pas servir de critère de sélection sans aucune raison[691]. Il s'agit notamment du cas de l'âge, de la naissance, de l'état de santé, du handicap ou d'une caractéristique physique ou génétique[692]. Dans ce cadre, une partie ne peut pas sélectionner son futur cocontractant au départ d'un de ces critères sans alléguer un motif légitime, pertinent et proportionné à l'objectif qu'elle poursuit[693] ; elle ne peut d'ailleurs pas se fonder sur le caractère *intuitu personae* de la convention projetée pour échapper au champ d'application de ces lois[694]. Le Président du Tribunal de commerce de Gand l'a rappelé dans une décision du 29 septembre 2010 relative à un contrat de voyage à forfait[695]. Un organisateur de voyage pensait qu'il pouvait discriminer ses voyageurs en raison du caractère *intuitu personae* de ce contrat. En l'espèce, le Président a rejeté cet argument, en affirmant que « *Dat de antidiscriminatiewet niet van toepassing zou zijn op* intuitu personae *contracten kan niet worden aanvaard. Wel integendeel, precies in dergelijke contracten zal directe discriminatie sneller tot uiting komen. De wet niet toepasselijk maken op dergelijke contracten zou de wet zonder betekenis maken* »[696].

Tertio, le droit de la concurrence a également apporté plusieurs restrictions à la liberté contractuelle des opérateurs économiques. L'article 101, §1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article IV.1, 1er, du Code de droit économique le démontrent. Ces dispositions encadrent la licéité des accords verticaux qui restreignent la concurrence. Certaines conventions *intuitu personae* s'inscrivent dans ce sillage[697] : ainsi en est-il notamment des contrats ressortissant de la distribution commerciale. Dans ce domaine, les articles en question imposent aux fournisseurs de sélectionner leurs distributeurs sur la base de critères objectifs appliqués de façon uniforme[698]. De la sorte, J. Vogel et L. Vogel écrivent « [qu'un] refus

---

690 Voy. not. sur cette proposition de loi qui a servi de base à la loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base : *Doc. Parl.*, ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1370/001, p. 4.

691 Voy. not. sur les causes de justification : J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 51-64, nos 14-24 ; C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 33 et suivantes.

692 Voy. les critères protégés par l'article 4, 4°, de la loi générale du 10 mai 2007.

693 Comm. Gand, 29 septembre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 108, note A. D'ESPALLIER.

694 Voy. sur les rapports entre les lois antidiscrimination et l'*intuitus personae* en droit bancaire : E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ces états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 149, n° 17.

695 Comm. Gand (Prés.), 29 septembre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 108, note A. D'ESPALLIER.

696 *Ibidem*, spéc. p. 112.

697 L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, pp. 494-490, nos 288-290 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 65-68, nos 64-69 ; J.-Fr. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 207-217 ; D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Malines, Kluwer, 2007, pp. 181-195.

698 Voy. not. en ce sens au niveau de la Cour de Justice de l'Union européenne : C.J.C.E., 22 octobre 1986, C-75/84, aff. *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, n° 72 ; C.J.C.E., 25 octobre 1983, C-107/82, aff. *AEG-Telefunken AG c. Commission des Communautés européennes*, n° 37. Cons. également : Trib. Comm. Paris, 20 janvier 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, II, p. 805, obs. J-P. MARCHI

d'agrément ne peut être opposé à un distributeur qui répond parfaitement aux critères de sélection et qui n'a pas été résilié antérieurement pour faute. Tel est le cas de l'ancien distributeur agréé non fautif. *Le fournisseur ne peut pas non plus évoquer l'absence "de relation intuitus personae" avec le distributeur pour lui refuser l'agrément* »[699]. Toutefois, selon eux, « La personne du distributeur peut cependant être prise en considération dans certains cas »[700].

Dans ces trois cas de figure, en dépit de l'*intuitus personae*, l'auteur du refus de contracter doit énoncer les motifs à la base de sa décision et les magistrats peuvent les contrôler.

113. Évolution du concept de l'*intuitus personae* : d'une notion subjective à une notion teintée d'objectivité. – Selon une partie des auteurs et des juridictions, l'*intuitus personae* confère une liberté de contracter ou de refuser de contracter discrétionnaire à son bénéficiaire[701]. Le juges ne pourraient donc pas contrôler l'exercice de cette prérogative en dehors des dispositions légales qui leur confèrent ce pouvoir[702]. Cette opinion cadre avec la notion de pouvoir discrétionnaire, qui consiste dans le fait « que [son] titulaire en use *à sa discrétion*, c'est-à-dire dans n'importe quel but ou pour n'importe quel motif, qu'il soit "avouable" ou non (donc, même avec l'intention de nuire), et ce, sans que cet usage ne soit contrôlé par le juge »[703].

1° Nous proposons de nuancer la portée de ce point de vue à la lumière de l'évolution des mœurs de la société et du concept même de l'*intuitus personae*.

Le domaine des prérogatives discrétionnaires semble réduit à peau de chagrin à l'heure actuelle[704]. En effet, comme le constate P. Van Ommeslaghe, « l'évolution de nos conceptions de morale sociale s'est traduite par une extension accrue du contrôle des tribunaux sur l'exercice des pouvoirs et de l'autorité – même dans des domaines où, selon la tradition, on faisait plutôt confiance au titulaire de la fonction –, il n'est pas surprenant que les fonctions discrétionnaires se soient amenuisées jusqu'à pratiquement disparaitre de notre arsenal juridique »[705].

L'évolution des prérogatives issues de conventions *intuitu personae* s'inscrit dans la même logique. Si cette notion reposait à la base sur la confiance ou l'affection, certains auteurs ont remarqué qu'elle évoluait dans un sens plus objectif en pratique : il est admis qu'elle se

---

[699] Nous soulignons. Voy. au sujet de cet extrait : L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 497, n° 289.
[700] *Ibidem*.
[701] Bruxelles, 6 février 2007, *D.B.F.*, 2008, p. 176 ; Bruxelles, 6 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 703. Voy. dans le même sens : G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 118, n° 163 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 71, n° 2 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 307, n° 423.
[702] Voy. sur le rapport entre droits discrétionnaires et interdiction de l'abus de droit : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 78-79, n° 28.
[703] S. STIJNS, « Abus mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p. 38, n° 2.3.1.
[704] Voy. not. en ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 78-82, n° 28 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 137, n° 113 ; P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », obs. sous Cass. 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 213, n° 17 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p. 38, n° 2.3.1. La Cour de cassation a même décidé « [qu'il] peut y avoir abus de droit, même si le droit visé est d'ordre public ou impératif » (Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999).
[705] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 79, n° 28.

fonde de plus en plus sur des qualités précises ou dotées d'interchangeabilité. L'importance croissante accordée aux agréments légaux ou conventionnels, aux normes de certification ou aux différents accès à la profession le montre[706]. En droit français, N. Nicolle souligne ainsi que « le caractère objectif de l'*intuitus personae* rend possible son contrôle. Certes, le degré de contrôle doit varier en fonction de la nature des qualités prises en compte. Si ces qualités sont subjectives (réputation, loyauté, etc.), le contrôle ne peut que s'exercer *a minima*. Il ne peut s'agir que d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En revanche, lorsque ces qualités sont objectives (situation patrimoniale, diplôme, etc.), on conçoit que le contrôle soit plus étendu. Il peut s'agir d'un contrôle de l'abus au-delà de l'erreur manifeste d'appréciation »[707].

2° En principe, compte tenu de ces évolutions, nous pensons que les juridictions peuvent contrôler le choix du cocontractant *intuitu personae* au départ de l'interdiction de l'abus de droit : la sélection d'une partie ne repose presque jamais sur des motifs purement subjectifs impossibles à contrôler, sauf peut-être dans quelques cas très particuliers (*supra*, n° 111).

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence a rallié cette opinion.

Le domaine de la distribution commerciale en rend compte. S'il estime que le distributeur sélectif ne bénéficie pas d'un droit d'agrément, L. du Jardin ajoute cependant « [qu'une] soupape de sécurité est prévue : l'"abus de droit", qui permet de sanctionner le comportement excessivement contraire aux usages honnêtes (refus de sélection avec intention de nuire ou causant un préjudice sans rapport avec le bénéfice du sélectionneur) »[708] ; de même, selon P. Kileste et C. Staudt, « En matière de franchise, il y aura toutefois lieu de tenir compte du caractère *intuitu personae* éventuellement reconnu à ce contrat qui permettra, dans certaines circonstances, de déroger aux principes énoncés ci-dessus. Le franchiseur serait donc libre de sélectionner les franchisés de son choix. Mentionnons cependant certaines décisions de jurisprudence dans lesquelles les juridictions saisies ont décidé que le refus de conclure (ou de prolonger) un contrat de franchise pouvait constituer un abus de droit »[709].

D'aucuns plaident également pour le contrôle du refus d'octroi d'un crédit, sans toutefois s'accorder sur le fondement exact de ce pouvoir[710]. Ainsi R. Hardy écrit-il que « le banquier est lui aussi tenu par certaines obligations précontractuelles lorsqu'il entame des pourparlers avec un candidat au crédit, qui lui imposent notamment d'agir de manière loyale et de bonne foi. Une rupture des pourparlers pourra engager la responsabilité précontractuelle si elle est entourée de circonstances établissant un manque de loyauté ou de prudence constitutif d'une faute aquilienne. Tel serait le cas si, au cours des négociations, la partie qui rompt a créé,

---

[706] Voy. not. dans ce sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 196, n° 421 ; Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 33 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 171-172, n° 308 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 22, n° 24.

[707] M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22.

[708] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 64, n° 63.

[709] P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 123, n° 255.

[710] Cons. not. à cet égard : D. BLOMMAERT et D. BRACKE, *De aansprakelijkheid van de bankier als kredietverlener in het gemeen en bijzonder kredietrecht*, Gand, Larcier, 2015, pp. 107-108, n° 87 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 82-89, nos 7-10 ; R. HARDY, Obs. sous Bruxelles 6 février 2007, *R.D.C.*, 2009, pp. 31-32, n° 4. Voy. not. en droit français : M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, pp. 53-63.

sciemment ou par négligence, dans le chef de l'autre partie, la croyance légitime que le contrat serait conclu et qu'elle a trompé cette croyance »[711]. D. Blommaert et D. Bracke nous paraissent assimiler l'abus de droit à la *culpa in contrahendo* lorsqu'ils écrivent que « *De contractvrijheid kent echter grenzen. De rechtsleer verwijst naar de gemeenrechtelijke culpa in contrahendo, bestaande in het foutief verbreken van de contractonderhandelingen op een ogenblik dat bij de tegenpartij rechtmatig de verwachting is ontstaan dat partijen tot contractsluiting zouden komen. Dit is een extracontractuele aansprakelijkheid waarbij de eisende partij de fout, de schade en het causaal verband moet bewijzen.* Het rechtsmisbruik kan ook bij de beëindiging binnen een contractuele context worden ingeroepen*, bijvoorbeeld wanner het krediet werd beëindigd wegens een minimale overschrijding, daar waar in het verleden overschrijdingen van veel belangrijkere aard zonder enige reserve waren toegekend* »[712].

§3. – Conclusion intermédiaire

114. Base : choix discrétionnaire du cocontractant *intuitu personae*. – Pour une partie de la doctrine, la présence de l'*intuitus personae* renforce la marge d'appréciation dont bénéficie son titulaire afin de sélectionner son futur cocontractant : il dispose d'un choix discrétionnaire. La considération de la personne renforce donc cette liberté en toute hypothèse (*supra*, n° 109).

Les conséquences classiquement attachées à la présence de l'*intuitus personae* se manifestent à deux niveaux. En effet, selon plusieurs auteurs, le bénéficiaire de ce caractère ne doit jamais justifier son refus de contracter et nul ne peut contrôler sa décision (*supra*, n° 110).

De surcroit, certaines juridictions ont admis qu'une banque ne devait pas motiver le refus d'ouvrir un compte ou d'octroyer un crédit, parce que la nature *intuitu personae* de la convention projetée lui confère un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Une telle approche conceptuelle se rencontre aussi dans le domaine de la distribution commerciale (*supra*, n° 110).

115. Axes d'amélioration : une approche tenant compte de l'évolution de la liberté contractuelle et de l'*intuitus personae*. – Dans certaines situations, il nous semble logique d'affirmer que la nature *intuitu personae* d'un contrat renforce la liberté dont jouit son bénéficiaire pour choisir son futur partenaire : tel est le cas lorsque la convention à conclure repose sur un haut degré de confiance ou d'affection entre les cocontractants (*supra*, n° 111).

Toutefois, à la réflexion, cette idée peut être affinée à deux niveaux.

La nature particulière d'un contrat *intuitu personae* ne permet pas à son titulaire d'échapper aux législations impératives ou d'ordre public qui définissent le cadre dans lequel la liberté contractuelle doit s'exercer. Ces législations ont une importance croissante en pratique. Tout d'abord, le bénéficiaire de ce caractère doit respecter les obligations de contracter instaurées par le législateur à des fins sociales, comme dans le cadre du service bancaire de base. Ensuite, les lois antidiscrimination limitent la marge d'appréciation dont il jouit afin de discriminer sur plusieurs qualités protégées. Enfin, certaines règles issues du droit de la concurrence imposent à certains opérateurs économiques de sélectionner leurs cocontractants sur la base de critères objectifs appliqués de manière uniforme (*supra*, n° 112).

---

[711] R. HARDY, Obs. sous Bruxelles 6 février 2007, *R.D.C.*, 2009, pp. 31-32, n° 4.

[712] Nous soulignons. Voy. pour cet extrait : D. BLOMMAERT et D. BRACKE, *De aansprakelijkheid van de bankier als kredietverlener in het gemeen en bijzonder kredietrecht*, Gand, Larcier, 2015, p. 107, n° 87.

En outre, le principe général interdisant l'abus de droit représente une limitation générale à la liberté de contracter ou de ne pas contracter avec une personne qui justifie l'*intuitus personae.* Dans un arrêt du 7 octobre 2011, la Cour de cassation a décidé que l'exercice de cette liberté pouvait constituer un abus de droit ; le passage progressif de l'*intuitus personae* d'une notion subjective à une notion teintée d'objectivité rend son contrôle possible par les juridictions dans pratiquement toutes les affaires qu'elles connaissent (*supra*, n° 113).

116. Proposition d'approche concrète des effets de l'*intuitus personae* au sein de la liberté contractuelle : entre liberté surveillée et liberté quasi-discrétionnaire. – En somme, compte tenu de l'ensemble de ces observations, nous pensons qu'il faut appréhender concrètement les effets de l'*intuitus personae* dans le domaine de la liberté contractuelle.

Cette affirmation signifie que la liberté contractuelle du bénéficiaire de l'*intuitus personae* varie en fonction des restrictions légales qui s'imposent à lui et en fonction de la nature que ce caractère présente dans chaque affaire. Dans ce cadre, sans prétention d'exhaustivité, nous donnerons un aperçu du régime des différentes limitations légales qui entourent la liberté de contracter en présence d'un contrat *intuitu personae* (*infra*, n^{os} 117-141).

De surcroit, nous étudierons l'application du principe prohibant l'abus de droit dans certains conclus *intuitu personae*. S'il existe des écueils à la reconnaissance de l'abus de la liberté de ne pas contracter, nous démontrerons qu'ils n'ont pas un caractère dirimant et que la marge dont bénéficie le titulaire de l'*intuitus personae*, afin choisir son futur cocontractant, oscille entre une liberté surveillée et une liberté quasi-discrétionnaire (*infra*, n^{os} 142-155).

Section 2. Panorama des restrictions à la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae*

117. Plan. – Dans cette section, nous donnerons un aperçu des restrictions à la liberté de choisir le cocontractant *intuitu personae*. Nous commencerons par la description de certaines obligations de contracter ou de ne pas contracter qui prennent place dans les conventions bancaires (**§1er**). Ensuite, nous analyserons la place attribuée à ce caractère dans la justification des discriminations opérées par une personne sur la base d'un critère protégé par les lois du 10 mai 2007 (**§2**). Nous exposerons aussi le rôle occupé par l'*intuitus personae* dans les restrictions verticales de concurrence (**§3**). Enfin, nous fournirons un panorama des applications de l'interdiction de l'abus de droit à la liberté de choisir son cocontractant *intuitu personae* (**§4**).

§1er. – Aperçu des limitations issues des obligations de contracter et de ne pas contracter

118. Aperçu du régime des obligations légales de contracter, du service bancaire de base et de certaines obligations de ne pas contracter. – La doctrine belge ne s'intéresse guère aux obligations légales de contracter qu'il convient donc de recenser dans un premier temps (**A**). Nous verrons également certaines applications de ces obligations en matière bancaire (**B**).

A. Panorama des obligations légales de contracter

119. Obligations légales de contracter. – La matière des obligations de contracter présente un visage austère dans la mesure où celles-ci résultent souvent, sans cohérence, de dispositions légales ou d'engagements pris par certaines entreprises vis-à-vis des pouvoirs publics.

Il est possible de citer plusieurs exemples.

1° Le contrat de gestion de la S.N.C.B., pris en exécution de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques[713], l'oblige à offrir un nombre minimal de prestations aux usagers en vertu de sa mission de service public (article 8)[714].

2° Le contrat de gestion de Bpost, pris en exécution de la même loi du 21 mars 1991, définit aussi les services d'intérêt général que cette société doit assurer pour tout individu les désirant, comme la mise à disposition d'un réseau postal de détail (articles 4, 20 et 35) [715].

3° De même, il apparait que le législateur définit les composantes du « Service universel » que chaque citoyen peut réclamer aux opérateurs économiques conformément aux articles 68 à 75 de la loi du 5 juin 2005 relative aux communications électroniques[716].

---

[713] *M.B.*, 23 mars 1991.

[714] Quatrième avenant du 21 décembre 2013 au contrat de gestion portant sur la période 2008-2012, conclu entre l'État et la SA SNCB Holding, *M.B.*, 17 janvier 2014. Voy. également : arrêté royal du 21 décembre 2013 fixant les règles provisoires qui valent comme contrat de gestion d'Infrabel et de la SNCB, *M.B.*, 27 décembre 2013.

[715] Arrêté royal du 1er septembre 2016 approuvant le sixième contrat de gestion entre l'État et la société anonyme de droit public bpost pour la période 2016-2020, *M.B.*, 14 septembre 2016.

[716] *M.B.*, 20 juin 2005. Dans le même sens, le contrat de gestion de Proximus définit les prestations minimales que l'opérateur doit fournir aux Communautés, aux écoles, hôpitaux et bibliothèques publiques. Voy. : Arrêté royal portant modification au contrat de gestion entre l'État belge et Belgacom, *M.B.*, 10 juillet 2015.

4° Le décret sur les services de médias audiovisuels du 26 mars 2009 régit « l'offre de base de services par câble »[717]. Cette offre comprend au moins les services obligatoires décrits à l'article 83 et l'opérateur doit la garantir à toute personne qui en fait la demande.

5° Il faut également mentionner la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité[718] et le décret de la Région wallonne du 25 février 1999 relatif à l'organisation du marché régional du gaz[719]. Ces deux législations obligent les entreprises à donner accès aux réseaux de gaz et d'électricité au consommateur final qui en fait la demande.

120. État d'offre ou d'acceptation permanente de contracter. – Ces différentes dispositions légales ne représentent pas les seules sources d'obligation de contracter. En effet, pour plusieurs auteurs, d'autres résultent du principe de « l'état d'offre permanente »[720].

Selon P. Van Ommeslaghe, ce concept « se réfère à la notion traditionnelle de l'offre, qui se trouve néanmoins ainsi singulièrement étendue et modifiée : on considère que certaines entreprises se trouvent en état "d'offre permanente", en sorte qu'elles sont obligées de contracter, dans les termes définis par la théorie générale de l'offre, avec toute personne exprimant sa volonté d'accepter cette offre, à moins qu'il existe de justes motifs de refuser le contrat »[721]. La référence à la figure de l'*offre* de contracter nous parait artificielle et inutile : les opérateurs économiques assujettis à cette obligation doivent effectivement accepter de contracter même lorsqu'ils n'émettent aucune offre au sens juridique du terme. Dans cette logique, il convient d'aborder ce principe sous l'angle de l'état *d'acceptation* permanente[722].

D'aucuns pensent que l'état d'acceptation permanente s'applique à tout opérateur économique qui dispose d'un monopole de droit[723]. Ce dernier existe quand une entreprise exerce seule une activité économique sur un marché de biens ou de services et qu'elle bénéficie d'une protection légale contre toute forme de concurrence[724]. Par exemple, il s'agit du cas de la plupart des entreprises qui assurent un service de première nécessité, telles que « toutes les

---

[717] Décret coordonné de la communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 14 juillet 2009.
[718] *M.B.*, 11 mai 1999.
[719] *M.B.*, 11 février 2003.
[720] Voy. à ce sujet : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 560-566, n^{os} 354-358 ; M. TISON, « L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge », *J.T.*, 2002, p. 706, n° 41 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 18, n° 12 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 517-518, n° 525.
[721] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 560-561, n° 354. Voy. pour une définition similaire en droit français : A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 758, n° 10.
[722] A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, p. 759, n° 12.
[723] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 560-566 ; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 317, n° 539 ; M. TISON, « L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge », *J.T.*, 2002, p. 706, n° 41 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 18, n° 12 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, n° 525.
[724] Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, TH. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel du droit de l'entreprise*, 3^{e} éd., Limal, Anthemis, 2015, p. 476, n° 820.

entreprises de transport, de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, etc. »[725]. En outre, il est admis que l'état d'offre permanente s'étend aux professions auxquelles la loi accorde le monopole de certains actes[726]. Ainsi en est-il des actes accomplis par des professions libérales dotées du statut d'officier ministériel comme ceux posés par les notaires ou par les huissiers[727].

La doctrine s'interroge parfois sur l'application du principe de l'acceptation permanente au monopole de fait[728]. Ce dernier renvoie au monopole qui résulte des conditions du marché lui-même, sans que l'entreprise visée bénéficie d'une protection légale qui interdit la concurrence à tout autre opérateur sur le marché en cause[729]. Selon nous, l'état d'acceptation permanente s'applique à ce monopole, lorsque l'activité de l'entreprise en question a trait à la fourniture de biens ou de services de première nécessité[730]. Cette opinion s'inscrit dans le sillage de l'objectif poursuivi par le législateur dès lors qu'il instaure une obligation de contracter. En effet, la limitation de la liberté contractuelle des services postaux, de télécommunication, de gaz et d'électricité se justifie par le fait que leur activité concerne un bien ou un service fondamental dont il faut garantir l'accès à chaque citoyen. Une entreprise en monopole de fait peut donc refuser de contracter quand elle ne propose pas des biens ou des services de première nécessité. Il convient ainsi d'exclure les entreprises de spectacle de l'état d'acceptation permanente, sauf si celles-ci disposent d'un monopole légal sur un territoire donné[731].

121. Portée du refus de contracter. – Certains auteurs écrivent qu'une obligation de contracter ne revêt normalement pas un caractère absolu. Cette solution vaut pour les obligations de contracter qui résultent d'une disposition légale comme pour celles issues de l'état d'acceptation permanente. Dans tous les cas, l'opérateur économique peut refuser de contracter pour de justes motifs, qui doivent ainsi reposer sur des considérations objectives telles que l'insolvabilité manifeste de l'individu qui fait offre de contracter[732] ; le refus de l'opérateur ne peut pas avoir un caractère discrétionnaire, sous peine de ruiner le principe de l'obligation de contracter. De ce fait, il lui appartient de motiver son refus de contracter.

---

[725] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, spéc. note 2.

[726] *Ibidem.*

[727] Voy. l'article 3 de la Loi du 25 Ventôse de l'an XI : « [Les notaires] sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis ». Voy. l'article 519, §1er, du Code judiciaire : « Les huissiers de justice sont chargés de missions pour lesquelles ils sont seuls compétents et par rapport auxquelles ils sont tenus d'exercer leur ministère ».

[728] Voy. not. sur ce débat en doctrine : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 561, n° 354 ; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 317, n° 539 ; M. TISON, « L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge », *J.T.*, 2002, p. 706, n° 41.

[729] Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, TH. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel du droit de l'entreprise*, 3e éd., Limal, Anthemis, 2015, p. 476, n° 820.

[730] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 561, n° 354 ; A. DE BOECK, « Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven », in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers – Apeldoorn, Maklu, 2003, p. 428.

[731] Tel est notamment le cas des casinos. *Contra* en faveur de l'application de l'état d'acceptation permanente aux salles de spectacle : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 561, n° 354.

[732] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 560-561, n° 354 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 518, n° 525 ; A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, pp. 758-759, n° 11.

B. Obligations de contracter et de ne pas contracter en matière bancaire

1) Obligations de contracter

122. Contrat de compte et service bancaire de base. – Le contrat de compte a pour objet principal de garder les fonds du client et de lui permettre de faire usage de services bancaires[733].

Selon une conception traditionnelle, l'*intuitus personae* colore l'ensemble des conventions bancaires[734]. J. Van Ryn et J. Heenen ont ainsi écrit que « De nombreux contrats qui ont pour objet des services commerciaux ont le caractère de contrats conclus *intuitu personae*. C'est le cas pour la plupart des opérations de banque »[735]. D'aucuns ont appliqué cet enseignement au contrat de compte[736]. Dans un arrêt du 30 juin 2016, la Cour d'appel de Bruxelles a notamment décidé que « La convention de compte est teintée d'*intuitus personae* dans le chef du client et repose sur la confiance entre parties »[737]. C'est dans ce contexte qu'une partie de la doctrine pense qu'il n'existe pas de droit au compte et que l'institution financière peut toujours refuser de contracter sans avoir à motiver sa décision[738] (*supra*, n° 109).

Toutefois, en dépit de sa nature particulière, certains députés ont réfléchi au fait d'élever l'octroi d'un compte bancaire au rang de droit[739] : aussi l'exposé des motifs d'une proposition de loi instaurant un service bancaire universel indique-t-il que « Le droit aux services financiers est un droit fondamental ; le dénier participe à une atteinte à la dignité humaine et heurte de plein fouet une conception démocratique de la société »[740]. Pour l'auteur de cette proposition, il apparait que « Les services financiers sont à considérer comme des services d'intérêt général, services qui se doivent d'être prestés par les producteurs à l'ensemble de la population, à l'instar de la distribution d'énergie, d'eau ou des services de télécommunication »[741].

La loi du 24 mars 2003 a consacré cette évolution progressive des mœurs. Le législateur a intégré cette législation dans le Code de droit économique par une loi du 19 avril 2014[742]. Dans cette logique, l'article VII.57, §2, alinéa 1er, de ce code précise que « Tout établissement

---

[733] Cass., 7 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 359.

[734] J.-P. BUYLE et P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires », in *Le droit bancaire et financier en mouvement*, M. GRÉGOIRE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 45 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 1, n° 2 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, pp. 195-196, n° 12.

[735] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 1, n° 2.

[736] G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 118, n° 163 ; C. ALTER, « Droit bancaire général – Règlementation – Devoirs du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. not.*, t. IX, L. 11, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 228, n° 274 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 74, n° 3. Comp. avec : V. SIMONART, « Les limites à l'obligation de restitution », in *L'obligation de restitution du banquier*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 92-93, n° 24.

[737] Bruxelles, 30 juin 2016, *D.B.F.*, 2016, p. 242, spéc. p. 249, note J.-P. BUYLE et Th. METZGER.

[738] J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, *op. cit.*, in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, 2008, p. 74, n° 3.

[739] Une proposition de loi du 18 juillet 2001 qui avait pour objectif d'instaurer un « service universel bancaire » fait écho à l'idée de droit fondamental (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1370/001).

[740] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1370/001, p. 4.

[741] *Ibidem*, p. 6.

[742] Loi portant insertion du livre VII « Services de paiement et de crédit » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions, *M.B.*, 28 mai 2014.

de crédit doit offrir le service bancaire de base » et qu'en principe, « Tout consommateur résidant légalement dans un État membre a droit au service bancaire de base »[743].

123. Contenu du service bancaire de base. – La loi précise les opérations comprises dans le service bancaire de base. En effet, l'article VII.57, §1er, du Code de droit économique prévoit qu'il s'agit « d'un service de paiement disponible au sein de l'Union européenne qui comprend les services visés à l'article I.9, 1°, a) à c), à l'exception de toute opération de paiement différée à l'aide d'un instrument de paiement, et l'inscription en compte des chèques ».

De la sorte, l'article I.9, 1°, définit le service de paiement comme « tout service, offert en vente dans le cadre d'une activité professionnelle ». En outre, aux termes de la même disposition, un tel service doit permettre de verser et de retirer des espèces sur un compte de paiement ainsi que d'effectuer toutes les opérations qu'exige la gestion du compte en question. Le prestataire de services doit également permettre d'exécuter ces opérations de paiement, « y compris les transferts de fonds sur un compte de paiement auprès du prestataire de services de paiement de l'utilisateur ou auprès d'un autre prestataire de services de paiement »[744]. L'exécution d'une domiciliation entre dans les opérations de ce service bancaire de base.

Il convient de remarquer que l'ancienne loi du 24 mars 2003 incluait explicitement l'ouverture d'un compte à vue dans le contenu du service bancaire de base[745]. Le Code de droit économique n'en fait plus mention à l'heure actuelle. Cependant, à notre sens, l'ouverture de pareil compte découle implicitement de la logique de cette institution : le consommateur ne peut effectivement pas exécuter des opérations de paiement sans être titulaire d'un compte à vue.

124. Portée du refus de contracter de l'établissement de crédit. – Si les établissements de crédit doivent accepter de souscrire le service bancaire de base, le législateur n'a pas conféré un caractère absolu à cette obligation : l'article VII.59, §2, du Code de droit économique leur permet de refuser la demande du consommateur dans un cadre et selon des modalités stricts.

Tout d'abord, cette disposition énonce *les motifs* sur lesquels le refus de contracter doit se fonder : ainsi l'établissement de crédit doit-il refuser la demande de service bancaire de base si cette dernière entraine une violation de la loi anti-blanchiment du 18 septembre 2017, si le consommateur dispose déjà d'un autre compte de paiement en Belgique avec lequel il peut utiliser les services figurant à l'article VII.57, § 1er, ou s'il a un compte dont le solde créditeur cumulé moyen annuel dépasse 6 000 euros[746]. Cette liste revêt un caractère limitatif et une

---

[743] Article VII.57, §1er, alinéa 3, du Code de droit économique.

[744] Article I.9, 1°, c), du Code de droit économique.

[745] C. ALTER, « Droit bancaire général – Règlementation – Devoirs du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. not.*, t. IX, L. 11, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 205-206, n° 234 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 79-80, n° 5 ; H. SWENNEN, « Bankrekeningen en Bankdeposito's », in *Bankcontracten*, B. TILLEMAN et B. DU LAING (éds.), Bruges, die Keure, 2003, p. 73, n° 24.

[746] L'article 15 d'une loi du 22 décembre 2017 a profondément remanié le libellé de l'article VII.59 du Code de droit économique (loi portant modification et insertion de dispositions en matière de comptes de paiement et de services de paiement dans différents livres du Code de droit économique, *M.B.*, 12 janvier 2018). Depuis cette modification, l'établissement de crédit ne peut effectivement plus se fonder sur l'escroquerie, l'abus de confiance, la banqueroute frauduleuse ou le faux en écriture afin de refuser la demande de service bancaire du consommateur ; l'article VII.59, §2, conçoit maintenant ces événements comme des motifs de *résiliation* du service, sans que ce choix résulte d'une erreur du législateur (*Doc. Parl.*, Chr. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2772/001, pp. 26-27).

institution financière ne peut donc pas fonder sa décision sur un autre motif[747]. Dans cette logique, elle ne peut notamment pas se prévaloir de l'insolvabilité du consommateur[748]. De surcroit, selon certains, la banque ne peut pas refuser d'accorder ce service à un débiteur irrégulier de crédits non remboursés[749]. Enfin, il est logiquement admis qu'elle ne peut pas opposer un refus au motif qu'elle a déjà accordé le service à un autre membre de la famille[750].

Ensuite, le sixième alinéa de l'article VII.59, §1er, énonce que « Dans les cas où l'institution de crédit refuse, elle en informe le consommateur immédiatement après sa décision de refus ». L'établissement de crédit doit *motiver* son refus de contracter. L'article VII.59/1 ajoute que la communication de cette décision se fait par écrit et gratuitement ; la banque doit l'apposer sur le formulaire de demande avec les motifs y afférents, « à moins que cette communication d'informations ne soit contraire aux objectifs de sécurité nationale et de maintien de l'ordre public, ou à la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ». Cette loi interdit d'ailleurs aux institutions financières de dévoiler à leurs clients, à la suite d'une déclaration de soupçon, qu'ils sont suspectés de participer à des opérations de blanchiment ou de financement du terrorisme[751].

2) Obligations de ne pas contracter

125. Obligation de ne pas contracter dans le crédit à la consommation. – Une restriction à la liberté contractuelle ne résulte pas que d'une obligation de contracter. Elle peut effectivement prendre une autre forme, à savoir celle d'une *obligation de ne pas contracter*.

Cette idée se rencontre notamment dans le crédit à la consommation.

S'agissant de ce contrat, en vertu de l'article VII.77, §2, alinéa 1er, du Code de droit économique, « Le prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat ». Cette

---

[747] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 567, n° 358 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 80, n° 5 ; H. SWENNEN, « Bankrekeningen en Bankdeposito's », in *Bankcontracten*, B. TILLEMAN et B. DU LAING (éds.), Bruges, die Keure, 2003, pp. 72-73.

[748] Cette interdiction nous semble résulter de l'article VII.59, §3, du Code de droit économique qui indique que « La décision d'admissibilité d'une requête en règlement collectif de dettes ou le fait que le consommateur a conclu un contrat de crédit, ne peut constituer un motif pour refuser un compte de paiement ou le résilier ». Avant l'insertion de la loi du 24 mars 2003 dans le Code de droit économique, une partie de la doctrine pensait que l'insolvabilité du consommateur pouvait constituer un juste motif de refus (F. VERMANDER, « De antidiscriminatiewet en de financiële sector », in *Loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2006, p. 219, n° 26). Tel ne nous semble plus être le cas.

[749] J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, *op. cit.*, in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, 2008, p. 80, n° 5, spéc. note 31.

[750] H. SWENNEN, « Bankrekeningen en Bankdeposito's », in *Bankcontracten*, B. TILLEMAN et B. DU LAING (éds.), Bruges, die Keure, 2003, p. 72, n° 22.

[751] La loi du 18 septembre 2017 prévoit plus précisément que l'établissement de crédit doit informer la « Cellule de traitement des informations financières » (la « C.T.I.F. ») dès qu'il soupçonne qu'une opération à exécuter se trouve liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme. Dans le même temps, les articles 55 et 56 de la loi anti-blanchiment lui interdisent de porter à la connaissance du client concerné ou de tierces personnes que des informations ont été transmises à la Cellule de traitement des informations financières. L'article VII.59/1 du Code de droit économique permet donc à l'établissement de crédit d'éviter de devoir motiver son refus de contracter – conformément aux dispositions Code droit économique – sans pouvoir communiquer aucune information à cet égard – en vertu des prescriptions de la loi anti-blanchiment.

disposition prévoit une obligation *générale* de ne pas contracter avec tout consommateur qui ne pourra pas tenir ses engagements. Certains auteurs écrivent, à bon droit, que ce devoir constitue une obligation de moyens dans le chef du prêteur[752]. S'il manque à cette abstention, le prêteur peut donc engager sa responsabilité quasi délictuelle envers le consommateur[753].

L'article VII.77, §2, alinéa 2, du Code de droit économique impose également une interdiction *absolue* de contracter à l'établissement de crédit quand la Centrale des crédits à la consommation révèle un ou plusieurs impayés de crédit à la consommation ou de crédit hypothécaire avec une destination mobilière pour une somme qui dépasse 1000 euros[754]. Cette seconde abstention revêt le caractère d'une obligation de résultat[755]. Cependant, lorsque la Centrale comporte un ou plusieurs impayés de moins de 1000 euros, le législateur assouplit le régime de l'interdiction de contracter. Dans cette situation, le prêteur peut ainsi décider de conclure le contrat moyennant une motivation complémentaire jointe au dossier de crédit[756].

126. Obligation de ne pas contracter dans le crédit hypothécaire. – Le Code de droit économique consacre des principes similaires dans le domaine des crédits hypothécaires.

En effet, l'article VII.133, §2, alinéa 1er, de ce code prescrit que « Le prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat ». Cette interdiction *générale* de contracter constitue également une obligation de moyens[757]. Le second alinéa de l'article VII.133, §2, précise que la décision du prêteur ne peut pas se fonder uniquement sur la valeur – présente comme future – de l'immeuble grevé de l'hypothèque (« *loan to value* »), parce qu'elle doit reposer sur l'adéquation existant entre les revenus du candidat et le crédit sollicité (« *loan to income* »)[758].

---

[752] R. STEENNOT, « De totstandkoming van de kredietovereenkomst: impact van Boek VII van de Wetboek van economisch recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie op de precontractuele verplichtingen », *R.D.C.*, 2016, p. 128, n° 31.

[753] D. BLOMMAERT, « Les principes relatifs au droit du crédit à la consommation », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2016, p. 493, n° 649.

[754] Depuis une loi du 18 avril 2017, le champ d'application de cette interdiction de contracter ne se limite plus uniquement aux impayés qui résultent du contrat de crédit à la consommation (loi portant diverses dispositions en matière d'économie, *M.B.*, 24 avril 2017). Partant, lorsque le prêteur constate que plusieurs sortes de crédits font l'objet d'impayés, il doit voir si les inexécutions des crédits à la consommation et des crédits hypothécaires à destination mobilière dépassent la somme de 1000 euros (voy. sur le régime antérieur : R. STEENNOT, « De totstandkoming van de kredietovereenkomst: impact van Boek VII van de Wetboek van economisch recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie op de precontractuele verplichtingen », *R.D.C.*, p. 129, n° 34).

[755] D. BLOMMAERT, « Les principes relatifs au droit du crédit à la consommation », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2016, p. 493, n° 649.

[756] *Ibidem.*

[757] F. DE PATOUL, « Le devoir d'information, de conseil et d'investigation du prêteur et de l'intermédiaire de crédit – La responsabilité du dispensateur de crédit à la lumière de la nouvelle législation », in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Ch. BIQUET et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 180, n° 55 ; D. BLOMMAERT, « Les principes relatifs au droit du crédit à la consommation », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2016, p. 539, n° 708.

[758] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 1685/001, p. 34. Toute faute dans l'appréciation de la solvabilité du crédité se mesure à la lumière du critère du banquier normalement prudent et diligent : Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.

En outre, à l'instar du crédit à la consommation, l'article VII.133, § 2, prévoit que « Lorsque, dans le chef du consommateur, un (des) impayé(s) est (sont) enregistré(s) dans la Centrale d'un montant total impayé de plus de 1 000 euros dans le cadre d'un crédit à la consommation et/ou un crédit hypothécaire avec une destination mobilière qui n'a(ont) pas été remboursé(s), un prêteur ne peut conclure un nouveau contrat de crédit hypothécaire à destination mobilière ». Il s'agit là de la transposition de l'interdiction *absolue* de contracter.

§2. – Aperçu des limitations issues des lois antidiscrimination

127. Aperçu des lois antidiscrimination et application aux contrats *intuitu personae*. – Les lois antidiscrimination assurent la protection de l'égalité et de la non-discrimination entre particuliers. Ces législations interdisent de discriminer sur la base de qualités protégées (**A**). Une partie de la doctrine belge pense que l'*intuitus personae* limite leur portée (**B**).

A. Notion de distinctions directe et indirecte dans les lois antidiscrimination

128. Horizontalisation des principes d'égalité et de non-discrimination par les lois antidiscrimination. – La Cour de cassation a précisé la teneur des principes d'égalité et de non-discrimination[759]. Dans un arrêt du 19 mai 2011, la Cour a rappelé qu'ils « impliquent que tous ceux qui se trouvent dans la même situation soient traités de la même manière mais [ils] n'excluent pas qu'une distinction soit faite entre différentes catégories de personnes pour autant que le critère de distinction soit susceptible de justification objective et raisonnable »[760].

En Belgique, les différentes assemblées législatives ont assuré le respect des principes d'égalité et de non-discrimination entre les particuliers – c'est-à-dire leur horizontalisation – dans leurs sphères de compétences respectives par plusieurs lois[761], plusieurs décrets et plusieurs ordonnances[762]. Certaines législations particulières complètent également cette mosaïque législative difforme[763]. Dans ce cadre, nous donnerons un aperçu de la protection qui existe au niveau fédéral au départ des législations antidiscrimination du 10 mai 2007.

Les trois lois antidiscrimination ont un champ d'application très vaste qui couvre la conclusion d'une multitude de contrats[764] : elles s'appliquent ainsi à « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public » ainsi qu'à « l'accès, la

---

[759] Voy. not. sur la notion, la portée et l'horizontalisation des principes d'égalité et de non-discrimination : R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 111-164, n^os^ 61-82 ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, M. VERDUSSEN et N. BLONBLED (éds.), t. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553-605 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 357-390.

[760] Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1374. Voy. dans le même sens : Cass., 20 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2300.

[761] Voy. pour rappel : loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

[762] Voy. pour la Région wallonne : le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 19 décembre 2008. Voy. pour la Communauté française : le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 13 janvier 2008.

[763] Voy. not. dans le domaine du droit du travail : la Convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008, conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation du travail, *M.B.*, 4 février 2009. Voy. not. dans le domaine du crédit à la consommation et du crédit hypothécaire : les articles VII.69, §1^er^, alinéa 2 et VII.126, §1^er^, alinéa 4, du Code de droit économique.

[764] N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 299-326, n^os^ 507-552.

participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public » pour toute personne et tant dans le secteur public que dans le secteur privé[765]. En outre, s'agissant des relations de travail, ces lois concernent notamment « les offres d'emploi ou les annonces d'emploi et de possibilités de promotion, et ceci indépendamment de la façon dont celles-ci sont publiées ou diffusées » tout comme « la fixation et l'application des critères de sélection et des voies de sélection utilisés dans le processus de recrutement »[766].

129. Notion de distinction directe et de distinction indirecte. – Deux mécanismes assurent le respect de l'égalité et de la non-discrimination dans les lois du 10 mai 2007 : d'un côté, ces dernières interdisent toute distinction directe fondée sur un des critères protégés ; elles sanctionnent, d'un autre côté, les comportements portant indirectement atteinte à ces critères[767].

Primo, une *distinction directe* se conçoit lorsque « sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »[768]. La loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination comprend comme critères protégés : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique, l'origine sociale[769] ; de même, selon la loi tendant à lutter contre le racisme et la xénophobie, la nationalité, la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique constituent des critères protégés[770].

Secundo, le concept de *distinction indirecte* se justifie au regard du nombre restreint de critères de différenciation. Dans certaines situations, les auteurs de discriminations masquent leurs intentions derrière une pratique en apparence neutre, qui ne heurte pas directement l'un des critères protégés par la loi[771]. Le législateur sanctionne ces comportements par l'interdiction des distinctions indirectes. Selon l'article 4, 8°, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, une telle distinction existe « lorsqu'une disposition, un critère ou une

---

[765] Article 5, §1er, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; article 6, §1er, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 5, §1er, de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie. Voy. not. sur ces dispositions : C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB[3] », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 25-33, nos 12-14.

[766] Article 5, §2, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; article 6, §2, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 5, §2, de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

[767] Voy. not. sur la portée des notions de distinctions directes et indirectes : C. BAYART et C. DEITEREN, « Direct en indirect onderscheid », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2008, pp. 184-204.

[768] Article 4, 6°, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; article 5, 6°, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 4, 6°, de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

[769] Article 4, 4°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

[770] Article 4, 4°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

[771] J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 44-47, n° 9 ; C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), coll. « UB[3] », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 38, n° 18 ; B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, pp. 25-28.

pratique apparemment neutre est susceptible d'entrainer, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés »[772]. Ainsi en est-il lorsqu'une société installe des compteurs électriques à six mètres de haut pour des raisons de sécurité – pratique apparemment neutre – alors qu'elle souhaite en réalité désavantager et faire fuir les habitants roms de ce quartier – distinction sur l'origine ethnique[773].

B. Justification des distinctions de traitement dans les contrats *intuitu personae*

1) Principes

130. Preuve et justification des discriminations. – Les différentes lois antidiscrimination organisent le régime de la preuve et des causes de justification des distinctions. Dans cette perspective, nous aurons principalement égard aux règles applicables aux distinctions directes.

La charge de la preuve d'une discrimination repose d'abord sur sa victime présumée. Toutefois, le législateur facilite son administration : la victime peut se borner à alléguer des faits qui rendent une distinction vraisemblable et qui permettent alors de présumer une discrimination dans le chef de l'auteur de l'acte[774]. Il revient aux cours et tribunaux de déterminer si la victime apporte suffisamment d'indices afin de rendre la distinction vraisemblable. Dans cette logique, les juridictions peuvent se fonder sur des déclarations faites au public[775], à la police[776] ou devant un magistrat[777] par l'auteur des faits reprochés. Certains juges ont également admis que la preuve d'une distinction peut résulter des courriels échangés entre les parties[778] ou encore d'un enregistrement audio pris par l'une d'elles[779].

---

[772] Article 4, 8°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Voy. également : article 5, 7°, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 4, 8°, de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

[773] Voy. sur cet exemple qui s'inspire des faits d'un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne : C.J.U.E., 16 juillet 2015, C-83/14, aff. *Chez RB c. Komisia zashtita ot diskriminatsia*, n^{os} 110-128.

[774] Article 28, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; article 33, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 30, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie. Voy. à ce sujet : I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2008, pp. 417-461.

[775] C.J.C.E., 10 juillet 2008, aff. *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, C-54/07, n° 25.

[776] Corr. Gand, 13 octobre 2009, www.unia.be.

[777] Civ. Liège (Prés.), 6 mai 2014, www.unia.be.

[778] Civ. Anvers, 23 juin 2010, www.unia.be.

[779] Trib. trav. Bruges (Prés.), 10 décembre 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 339. La licéité de ce mode de preuve d'une discrimination pose des difficultés dès lors que l'enregistrement a lieu à l'insu d'une des parties. En cas d'irrégularité, l'admissibilité de la preuve se conçoit à la lumière de la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation, telle que consacrée par l'article 32 du Code d'instruction criminelle en matière pénale (I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2008, p. 434, spéc. note 63).

En outre, lorsque la victime parvient à établir la présomption de discrimination, il appartient à son auteur présumé de la renverser[780]. Il doit respecter trois étapes à cet effet[781]. Tout d'abord, l'auteur de l'acte incriminé doit démontrer que son critère de distinction repose sur un objectif *légitime*[782]. Ensuite, il doit prouver que le critère litigieux est approprié pour atteindre son objectif : le critère de distinction doit donc, selon la formule consacrée, s'avérer *pertinent* au regard du but visé. S'il parait possible d'atteindre le même résultat sans le critère litigieux ou avec un autre ne créant pas de difficultés, la distinction opérée présentera un caractère inapproprié. Enfin, il faut que le critère de distinction apparaisse nécessaire par rapport à l'objectif poursuivi. Cette dernière condition renvoie à un test de *proportionnalité*[783].

131. Conséquences de l'*intuitus personae* dans la justification des distinctions. – Une partie de la doctrine belge a déjà souligné l'importance de l'*intuitus personae* dans le cadre de la justification d'une présomption de discrimination au sens des lois du 10 mai 2007.

S'agissant du secteur bancaire, E. Van den Haute écrit notamment que « le caractère *intuitu personae* de la relation avec le banquier, qui reste avant tout une relation de confiance, limite considérablement la portée des dispositions "anti-discrimination" dans ce domaine »[784]. Dans le même ordre d'idées, selon A. De Boeck, « *Naarmate het contract, om legitieme redenen, meer* intuitu personae *is, zal de ruimte om ongeoorloofde discriminatie vast te stellen, kleiner worden. In de banksector komt het veelvuldig voor dat de gevraagde interestvoeten en waarborgen bij leningen verschillen in functie van de vermogenstoestand van de kredietnemer. Nochtans mag men zeker niet beweren dat er bij contracten* intuitu personae *geen ruimte meer zou zijn voor controle vanuit het discriminatieverbod; enkel is het* intuitu personae *karakter van de overeenkomst een factor die in de afweging kan worden betrokken* »[785].

Nous ne partageons pas entièrement ce point de vue. La référence abstraite à la nature des contrats *intuitu personae* – ou à la relation de confiance qu'ils impliquent – ne permet pas d'échapper à l'application des lois antidiscrimination. Lors d'une décision du 29 septembre 2010, le Président du Tribunal de Gand a rappelé que « *Dat de Antidiscriminatiewet niet van toepassing zou zijn op* intuitu personae *contracten kan niet worden aanvaard. Wel integendeel, precies in dergelijke contracten zal de directe discriminatie sneller tot uiting komen. De wet niet toepasselijke maken op dergelijke contracten zou de wet zonder betekenis maken* »[786]. De

---

[780] Article 28, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; article 33, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 30, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

[781] Article 7 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; article 9, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

[782] R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 123, n° 65 ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, M. VERDUSSEN et N. BLONBLED (éds.), t. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 584-585.

[783] C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 40 ; B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 38.

[784] E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 149.

[785] A. DE BOECK, « Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven », in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers – Apeldoorn, Maklu, 2003, p. 426.

[786] Comm. Gand (Prés.), 29 septembre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 108, spéc. p. 112, note A. D'ESPALLIER.

surcroit, la nature *intuitu personae* d'une convention ne permet pas à l'auteur d'une discrimination présumée de disposer abstraitement d'une plus ample marge d'appréciation afin de la renverser[787] : statuer sur cette question requiert toujours d'examiner concrètement la légitimité du motif de justification invoqué ainsi que de se prononcer sur sa pertinence et sur sa proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi par l'auteur de la distinction. Une analyse concrète de cette finalité et de l'objet des obligations de la victime s'impose donc en tous cas[788].

2) Justification des distinctions directes dans les contrats *intuitu personae*

132. Aperçu de la justification de certaines causes de distinction directe. – Nous donnerons un aperçu de la justification de certaines causes de distinction directe dans le contrat de crédit et dans le contrat de travail. Dans le même temps, nous comparerons ces solutions avec celles retenues dans le domaine du bail afin de montrer qu'il existe peu de différences entre les contrats nantis de l'*intuitus personae* et ceux dépourvus de ce caractère en la matière.

133. Distinction fondée sur la fortune. – Le concept de fortune pose question. Le législateur n'en précise pas le contenu : tout au plus indique-t-il que « le juge devra apprécier cette cause de discrimination de manière objective, et non subjective »[789]. En doctrine, certains précisent que la fortune renvoie à la situation financière du cocontractant, c'est-à-dire à sa solvabilité[790].

1° S'agissant des contrats de crédit, il est admis qu'une banque normalement prudente et diligente doit vérifier la solvabilité de son candidat-emprunteur[791] (*supra*, n^{os} 86).

Dans cette logique, la légitimité de la distinction fondée sur la solvabilité résulte d'un principe de bonne conduite que toute institution financière doit respecter. Le législateur belge impose parfois ce devoir : ainsi les articles VII.77, §1er, et VII.133, §1er, du Code de droit

---

[787] Les cours et tribunaux n'ont d'ailleurs jamais admis que le caractère *intuitu personae* d'un contrat permettait à l'auteur présumé d'une discrimination de jouir d'une plus ample marge d'appréciation afin de la justifier. Voy. not. : C.T. Bruxelles, 18 mai 2015, www.unia.be ; C.T. Bruxelles, 6 mars 2014, www.unia.be ; Trib. Trav. Bruges (Prés.), 10 décembre 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 339 ; Trib. Trav. Tongres, 2 janvier 2013, *Ors.*, 2013, n° 3, p. 22 ; C.J.U.E., 13 septembre 2011, C.-447/09, aff. *R. Prigge, Michael Fromm et Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG* ; C.J.C.E., 4 octobre 2011, *Rec.*, 2001, I, p. 7013 ; C.T. Anvers, 22 juin 2011, www.unia.be ; C.J.U.E., 12 janvier 2010, C.-229/08, aff. *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main* ; C.J.C.E., 10 juillet 2008, C.-54/07, aff. *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV* ; C.T. Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 140 ; C.J.C.E., 8 novembre 1990, *Rec.*, 1990, I, p. 3968.

[788] F. VERMANDER, « Antidiscriminatiewet en de financiële sector », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, p. 221, n° 28. Voy. également dans le cadre de la justification des discriminations verticales créées par la loi : « il ne suffit pas que le critère utilisé soit objectif. Il est encore requis qu'il soit pertinent, c'est-à-dire qu'il présente un lien avec l'objet de la mesure ou avec l'objectif poursuivi par celle-ci. Cet examen forme le noyau dur du contrôle du respect de l'égalité » (B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, M. VERDUSSEN et N. BLONBLED (éds.), t. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 585).

[789] *Doc. Parl.*, Chr. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 50-1578/008, p. 16.

[790] La référence à la solvabilité se conçoit à la lumière de l'article 14 de la Convention Européenne des droits de l'Hommet et de l'article 2, §2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Voy. not. dans cette perspective : E. VAN DEN HAUTE, « Le bail et la législation anti-discrimination ou lorsque le juge devient funambule », obs. sous Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 771, n° 6 ; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Malines, Kluwer, 2005, p. 459, n° 1157.

[791] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787. Voy. pour une remarquable explication des sources de ce principe de bonne conduite en doctrine : R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, p. 38.

économique obligent-ils la banque à avoir égard à la solvabilité du consommateur sollicitant un crédit à la consommation ou un crédit hypothécaire avant de conclure le contrat ; tel est aussi le cas de l'article 5 de la loi du 21 décembre 2013 relative au financement des P.M.E.[792].

L'examen de la solvabilité a pour objectif de vérifier si le candidat-emprunteur a la capacité financière de rembourser son crédit[793], sans se limiter à prendre en considération les suretés personnelles ou réelles dont il dispose[794]. Selon nous, en pratique, les institutions financières se fondent sur des critères pertinents et appropriés pour atteindre ce résultat : il s'agit du cas lorsqu'elles ont égard à des éléments historiques – défauts de paiement passés –, à des éléments prospectifs – l'analyse du bilan, du compte d'exploitation et des projections financières – ou encore à des techniques statistiques de profilage – le « *credit scoring* »[795]. En règle, une discrimination sur la solvabilité du candidat-emprunteur se justifie donc en pratique.

2° La justification d'une distinction sur la solvabilité d'un candidat-locataire suit cette logique, même si ce contrat ne revêt pas une nature *intuitu personae* (*supra*, n^{os} 88).

Une réserve sur la solvabilité d'un candidat-locataire se comprend à l'examen des particularités du loyer demandé par le propriétaire[796]. Il convient donc d'apprécier concrètement les obligations financières du candidat-locataire. En principe, dans le cadre de la location d'habitation, une distinction fondée sur cette qualité poursuit un objectif légitime, puisque le montant du loyer représente une partie importante des revenus de la plupart des locataires[797].

La distinction opérée sur la solvabilité doit reposer sur un critère pertinent et approprié au but poursuivi. Pour certains auteurs, un critère de distinction présente un caractère pertinent dès lors qu'il vise la *hauteur* des revenus du candidat ; le fait de distinguer des candidats par référence à la *nature* de leurs revenus ne satisfait pas à cette condition[798]. Un propriétaire ne recourt ainsi pas à un critère pertinent quand il rejette des candidats-locataires dépourvus de contrat de travail à durée indéterminée : ces candidats peuvent disposer d'autres sources de

---

[792] Loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises, *M.B.*, 31 décembre 2013.

[793] Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939.

[794] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.

[795] Voy. not. sur l'appréciation de la solvabilité en matière bancaire :Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 32-33 ; K. H. CHYE, T. W. CHIN et G. C. PENG, « Credit Scoring Using Data Mining Techniques », *S.M.R.*, 2004, pp. 26-27 ; A. THIRY, P. FABRY et J. MERCIER, *Manuel des crédits*, 2^{e} éd., Bruxelles, Éd. Crédit Général, 1977, pp. 23-28 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 42-49.

[796] Voy. sur l'appréciation de la solvabilité dans le contrat de bail : E. VAN DEN HAUTE, « Le bail et la législation anti-discrimination ou lorsque le juge devient funambule », obs. sous Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 771, n° 6 ; N. VAN LEUVEN, « De Antidiscriminatiewet en de huurovereenkomst », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, p. 128, n° 36 ; M. DAMBRE, « De Wet betrijding discriminatie en het huurrecht », in *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, M. DE VOS et E. BREMS (éds.), Anvers – New York – Oxford, Intersentia, p. 334, n° 26.

[797] Civ. Liège (Prés.), 6 mai 2014, www.unia.be ; Mons, 6 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 845.

[798] N. BERNARD, « Actualités du bail d'habitation : saut d'index "loyer", résiliation anticipée du bail de courte durée, discrimination, régionalisation, colocation, garantie locative, etc. », in *Baux d'habitation commerciaux et à ferme. Actualités sur fond de régionalisation*, V. PIRSON (éd.), Limal, Anthemis, 2016, p. 36, n° 47 ; S. GANTY et M. VANDERSTRAETEN, « Actualités de la lutte contre la discrimination dans les biens et services, en ce compris l'enseignement », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^{3} », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 195-198, n^{os} 16-18.

revenus et un tel contrat n'offre aucune réelle garantie de solvabilité[799]. Nous ne souscrivons donc pas à une décision du Tribunal de première instance de Liège du 6 mai 2014 où son Président a décidé que « Les explications qu'ils [*i.e.* les propriétaires] donnent à propos de leur critères de solvabilité (refus des personnes aidées par le CPAS ou des chômeurs, mais également prise en considération du rapport existant entre les revenus des candidats locataires et le loyer) démontrent qu'il ne s'agit pas d'une discrimination fondée sur la fortune, mais d'une appréciation objective des possibilités des candidats-locataires de payer le loyer demandé »[800].

134. Distinction fondée sur l'âge. – Si une distinction fondée sur l'âge se rencontre fréquemment lors de la phase d'embauche des travailleurs en pratique, elle apparait cependant plus rarement lors de la sélection des candidats-emprunteurs et des candidats-locataires.

1° Le contrat de travail reste le domaine de prédilection de cette distinction[801].

L'article 8, §2, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations limite alors les motifs de justification : ainsi une distinction basée sur l'âge doit-elle être « essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées » pour revêtir un aspect légitime[802]. Une distinction directe fondée sur l'âge se justifie donc, en principe, à la lumière de l'objet concret des obligations du travailleur. Un employeur peut réserver un poste de pompier à des candidats de moins de trente ans vu les capacités physiques exceptionnelles requises par la fonction[803] ; à l'inverse, le fait de réserver un poste de comptable à des candidats juniors pour réaliser des économies de salaires ne correspond pas à une exigence essentielle et déterminante[804].

En outre, l'article 8, §2, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations exige que le critère de distinction repose sur un objectif légitime et proportionné par rapport à celui-ci. Un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 12 janvier 2010 illustre ces conditions[805]. Cette affaire concerne la réserve à l'embauche de pompiers de moins de trente ans. Selon la Cour, « Il apparaît donc que le souci d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du service des pompiers professionnels constitue un objectif légitime »[806]. Elle ajoute qu'une telle exigence reste proportionnée par rapport au but poursuivi, car l'âge du recrutement « détermine le temps pendant lequel il sera en mesure d'accomplir les tâches exigeantes sur le plan physique. Le fonctionnaire recruté avant l'âge de 30 ans, alors qu'il devra au demeurant suivre une formation d'une durée de deux ans, pourra être affecté à

---

[799] Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 781. Voy. sur cette décision : S. GANTY et M. VANDERSTRAETEN, « Actualités de la lutte contre la discrimination dans les biens et services, en ce compris l'enseignement », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 195-198, n^{os} 16-18 ; E. VAN DEN HAUTE, « Le bail et la législation anti-discrimination ou lorsque le juge devient funambule », obs. sous Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 771, n° 6

[800] Civ. Liège (Prés.), 6 mai 2014, www.unia.be.

[801] Voy. not. sur ce constat : J. JACMAIN et L. MARKEY, « Actualités de la lutte contre les discriminations en droit social », in in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 160-162 ; L. CAPPELLINI, « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, pp. 50-51.

[802] Voy. dans le même sens l'article 2 de la Convention collective du travail n° 95 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail (*M.B.*, 10 octobre 2008).

[803] C.J.C.E., 12 janvier 2010, C.-229/08, aff. *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, n° 40.

[804] C.T. Anvers, 22 juin 2011, A.R. n° 2010/AA/456, http://unia.be.

[805] C.J.C.E., 12 janvier 2010, C.-229/08, aff. *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main.*

[806] *Ibidem*, spéc. n° 39.

ces tâches pendant une durée minimale de 15 à 20 ans. En revanche, s'il est recruté à l'âge de 40 ans, cette durée ne sera que de 5 à 10 ans au maximum. Un recrutement à un âge avancé aurait pour conséquence qu'un trop grand nombre de fonctionnaires ne pourraient être affectés aux tâches les plus exigeantes sur le plan physique »[807].

2° En revanche, une distinction fondée sur l'âge ne s'envisage que dans des circonstances plus particulières au sein des conventions de crédit et de bail.

Une partie de la doctrine pense qu'une distinction directe basée sur l'âge du candidat au crédit peut se rencontrer en pratique[808]. Il est admis que la légitimité de ce motif de distinction s'apprécie au regard de la durée du financement sollicité : si l'âge peut légitimement déterminer le consentement de la banque pour un crédit de longue durée, il ne le peut pas pour les crédits de courte durée[809]. La segmentation de l'offre de produits bancaire repose parfois sur une distinction directe faite au départ de l'âge. Selon certains auteurs, la légitimité de cette distinction implique qu'il existe alors un lien raisonnable et suffisant avec le produit offert[810]. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une banque réserve des cartes de crédit aux étudiants[811].

Une distinction directement fondée sur l'âge se rencontre rarement dans le domaine du bail d'habitation[812]. Il nous semble que cette carence s'explique par le fait qu'un tel motif de sélection se justifie sans doute dans des circonstances très particulières. Par exemple, un propriétaire n'allègue pas une justification légitime lorsqu'il recherche un candidat-locataire de quarante ans qu'il présume plus calme que de jeunes candidats[813]. En revanche, une discrimination sur l'âge se conçoit à la lumière des particularités de certaines locations. Les locations d'appartements situés dans les maisons de repos l'illustrent ; de même, selon D. De Prins, S. Sottiaux et J. Vrielink, il s'agit du cas lorsque « *een bejaarde dame een kamer in het huis dat zij zelf bewoont, wil verhuren aan een vrouw van ongeveer dezelfde leeftjid* »[814].

135. Distinction fondée sur le sexe, la grossesse et le genre. – La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes interdit toute distinction directe fondée sur le sexe d'une partie[815]. Dans le même sens, en vertu de l'article 4, §§2 et 3, de cette

---

[807] *Ibidem*, spéc. n° 43.

[808] E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 149, n° 17 ; F. VERMANDER, « Antidiscriminatiewet en de financiële sector », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, p.

[809] E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 144, n° 10.

[810] E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 147, n° 14.

[811] F. VERMANDER, « Antidiscriminatiewet en de financiële sector », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, pp. 225-226, n^{os} 33-34.

[812] L'article 4, 5°, du décret du 6 novembre 2008 interdit la discrimination sur l'âge pour les matières relevant des compétences de la Région wallonne, dont le contrat de location d'habitation (*M.B.*, 19 décembre 2008). Voy. not. à ce propos : N. VAN LEUVEN, « De antidiscriminatiewet en de huurovereenkomst », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, p. 129, n° 38.

[813] Voy. parmi d'autres motifs invoqués dans cette décision : Civ. Bruxelles (Prés.), 3 juin 2005, *Rev. dr. étr.*, 2006, p. 42, note J. KLUSTERS.

[814] D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Malines, Kluwer, 2005, p. 460.

[815] Article 4, §1er, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

loi, il convient d'assimiler une distinction fondée sur le changement de sexe, la grossesse, l'accouchement, la maternité et le genre à une distinction sur le sexe d'un cocontractant.

L'embauche des travailleurs constitue d'abord le terrain d'élection des distinctions directes fondées sur le sexe. Dans ce domaine, la légitimité de cette distinction doit reposer des raisons essentielles et déterminantes en raison de la nature spécifique et des conditions d'exercice de la fonction[816]. Cette situation se présente, par exemple, lorsqu'un sexe forme une condition déterminante du fait de la nature spécifique de l'activité à pourvoir : il s'agit notamment du cas pour les rôles spécifiques réservés aux acteurs masculins ou féminins, aux mannequins ou aux modèles pour peintres, sculpteurs, photographes ou instituts de beauté[817].

Ensuite, le refus d'engagement des femmes enceintes pose plus de difficultés en pratique[818]. Dans un arrêt du 8 novembre 1990, la Cour de Justice des communautés européennes a rappelé « [qu'une] telle discrimination ne saurait être justifiée par des motifs financiers tirés du préjudice subi par l'employeur en cas d'engagement de la femme enceinte, pendant son congé de maternité »[819]. La justification de cette distinction directe parait théorique. Selon certains auteurs, un motif peut légitimement résulter de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, dont les articles 39 à 44 précisent les travaux interdits aux femmes enceintes[820] : ainsi en serait-il pour un emploi soumis à des radiations ionisantes tel qu'un poste d'infirmière dans un service de radiologie[821]. La Cour de justice de l'Union européenne ne partage pas cette opinion. Par une décision du 3 février 2000, elle a effectivement décidé « que l'application des dispositions relatives à la protection de la femme enceinte ne saurait avoir pour conséquence un traitement défavorable en ce qui concerne l'accès à l'emploi d'une femme enceinte, en sorte qu'elle ne permet pas à un employeur de refuser d'embaucher une candidate enceinte au motif qu'une interdiction de travail motivée par cette grossesse l'empêcherait de l'affecter, dès le départ et pour la durée de sa grossesse, au poste à durée indéterminée à pourvoir »[822].

Le refus de location d'appartement fondé sur le sexe des candidats-locataires suit également cette logique. S'agissant du bail d'habitation, l'article 8/1, §1er, du décret relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations « [qu'une] distinction directe fondée sur le sexe peut être faite si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires »[823]. Ce principe ne se vérifie pas lorsqu'un propriétaire réserve la location de « kots » d'étudiants à des jeunes filles pour des motifs de

---

[816] Article 13, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

[817] Voy., pour ces exemples, l'arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle, *M.B.*, 16 février 1979. Cons. sur cet arrêté royal : A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 116-117.

[818] Article 4, §1er, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

[819] C.J.C.E., 8 novembre 1990, C.-177/88, *Rec.*, 1990, I, p. 3968, spéc. p. 3973, n° 12.

[820] Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

[821] Une partie de la doctrine déduit qu'un employeur ne peut donc pas se renseigner sur l'état de grossesse d'une candidate. Voy. not. sur cette problématique : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social – Droit du travail. 2016-2017*, Liège, Kluwer, 2017, pp. 1254-1255, n° 2317 ; J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 222-223, n° 202 ; L. PAULY, « La question de la grossesse dans la phase précontractuelle », *Chr. D.S.*, 2014, pp. 393-408.

[822] C.J.C.E., 3 février 2000, C-207/98, aff. *Silke-Karin Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, n° 27.

[823] Voy. pour le pendant de cet article au niveau fédéral : article 9, §1er, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

pure convenance[824] ; une partie de la doctrine pense qu'une distinction directe sur le sexe des candidats-locataires se justifie, à l'inverse, pour les pensionnats réservés à un seul genre[825].

§3. – Aperçu des limitations issues des restrictions verticales de concurrence

136. Aperçu des accords verticaux et de leurs effets dans la distribution commerciale. – Dans ce paragraphe, nous donnerons un aperçu de l'une des restrictions que le droit de la concurrence apporte à la liberté contractuelle entre opérateurs économiques, c'est-à-dire l'interdiction de la conclusion d'accords verticaux restrictifs de concurrence (**A**). Nous analyserons alors les effets de cette interdiction sur la sélection du distributeur commercial (**B**).

A. Principes

137. Notion d'accord vertical et de restriction verticale. – Le droit de la concurrence impose certaines limites à la libre sélection des futurs cocontractants. L'article 101, §1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article IV.1, 1er, du Code de droit économique limitent effectivement les effets anticoncurrentiels des accords verticaux.

Ces deux dispositions partagent presque le même libellé[826]. Compte tenu de cette proximité textuelle, les règlements et les lignes directrices de l'Union européenne s'incorporent aux règles de droit belge, de sorte qu'ils restent pertinents afin de comprendre le régime interne des accords verticaux même s'il n'y a pas d'atteinte à la concurrence entre les États membres[827].

---

[824] Civ. Flandre occidentale (div. Bruges), 10 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 385.

[825] Voy. à ce sujet : N. VAN LEUVEN, « De Antidiscriminatiewet en de huurovereenkomst », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, p. 122, n° 22.

[826] Au niveau européen, l'article 101, §1er, précité dispose que « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ». L'article IV.1, 1er, du Code de droit économique indique que « Sont interdits, sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à : 1° fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ; 2° limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ; 3° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; 4° appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; 5° subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

[827] Voy. not. à ce sujet : D. M.B. GÉRARD, « Le droit belge des pratiques restrictives de concurrence », in *Le nouveau droit belge de la concurrence. Bilan et perspectives après quatre années d'application*, N. PETIT (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 124, Liège, Anthemis, 2010, p. 36.

Un règlement n° 330/2010 de la Commission européenne définit la notion d'*accord vertical*[828]. Selon son article 1er, a), pareil accord se comprend comme celui intervenant « entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaine de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ».

Toutefois, les accords verticaux n'encourent la critique que lorsqu'ils contiennent une *restriction verticale*, c'est-à-dire s'ils « empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence »[829]. Il en va ainsi quand un engagement passé entre deux entreprises a pour effet d'empêcher ou de réduire l'accès à de nouveaux concurrents sur un marché donné ; de même, selon R. WHISH et D. BAILEY, un accord impliquant une collusion entre différents acteurs du marché restreint la concurrence quand il a pour effet de créer une entente sur la fixation des prix[830]. Dans ce contexte, les articles 101, §2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et IV.1, §2, du Code de droit économique déclarent l'accord nul de plein droit[831].

138. Mécanismes d'exemption : règle *de minimis* et exemption par catégorie. – Deux mécanismes permettent d'exempter une restriction verticale de la sanction de nullité[832].

1° Tout d'abord, il apparait que la règle « *de minimis* » permet à certains accords verticaux de sortir du champ d'application de l'article 101, §1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article IV. 1, §1er, du Code de droit économique.

Cette règle permet d'exempter les accords d'une importance mineure qui n'ont pas d'effet sensible sur la concurrence[833]. En effet, afin de mesurer les conséquences d'un accord sur la concurrence, la Commission se fonde sur l'importance des parts de marché détenues par chacune des parties : elle estime ainsi qu'un contrat ne peut pas avoir d'effet sensible sur le jeu normal de la concurrence si aucune des parties ne dépasse les 15% des parts du marché en cause[834]. La Commission exempte aussi les accords verticaux conclus entre les micros, petites

---

[828] Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées, *J.O.U.E.*, 23 avril 2010.

[829] C.J.U.E., 13 octobre 2011, C-439/09, aff. *Pierre Fabre Dermo cosmétique SAS c. Commission*, n° 39. Un accord vertical ne constitue pas automatiquement une restriction de concurrence. En effet, ces accords peuvent produire des effets proconcurrentiels qu'il convient de prendre en considération dans le cadre de chaque espèce (voy. not. R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 664-665).

[830] R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 661-664.

[831] Point n° 3 des lignes directrices sur les restrictions verticales. Les accords constitutifs d'une restriction verticale peuvent, cependant, bénéficier d'une exemption par catégorie ou individuelle (N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien – Lextenso, 2013, pp. 619-623, nos 1883-1984).

[832] Voy. not. à ce sujet : L. VOGEL, *European Competition Law*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, pp. 203-213, nos 5.32-5.40 J.-Fr. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 191-204 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien – Lextenso, 2013, pp. 647-652, nos 1971-1984 ; D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Malines, Kluwer, 2007, pp. 176-180, nos 10-05 à 10-09.

[833] Points nos 1 et 8 de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *de minimis*), *J.O.U.E.*, 30 août 2014.

[834] *Ibidem*. Cette opération complexe implique de déterminer le marché pertinent ainsi que les parts du marché détenues par le fournisseur et par l'acheteur du bien ou du service concerné (N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien – Lextenso, 2013, pp. 646-647, nos 1966-1968).

et moyennes entreprises, quand aucune des parties n'atteint un chiffre d'affaires annuel total supérieur à 50 millions d'euros ou un bilan annuel total de plus de 43 millions d'euros[835].

En revanche, la règle *de minimis* ne s'applique pas lorsque l'accord conclu entre les entreprises comporte une des restrictions caractérisées (*hardcore restriction*) qui figurent à l'article 4 du règlement n° 330/2010 sur les accords verticaux et les pratiques concertées[836]. Une restriction caractérisée peut avoir pour objet : (i) de fixer des prix de vente imposés ; (ii) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur partie à l'accord peut vendre les biens ou les services contractuels ; (iii) de restreindre les ventes passives et actives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective ; (iv) de restreindre les livraisons croisées entre distributeurs au sein d'un réseau de distribution sélective ; (v) de restreindre la capacité d'un fabricant de composants de vendre aux utilisateurs finals, réparateurs et prestataires de services indépendants. Dans ce cas de figure, l'accord vertical tout entier tombe automatiquement dans le champ des articles 101, §1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[837] et encourt normalement la nullité[838].

2° En outre, il convient de remarquer que l'article 2 du règlement n° 330/2010 prévoit que tout accord bénéficie automatiquement d'une exemption individuelle prévue à l'article 101, §3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour autant qu'il respecte un double seuil de parts de marché ainsi que différentes conditions prescrites par l'article 5 du Règlement.

Dans ce cadre, en ce qui concerne les parts du marché, l'article 3 du règlement n° 330/2010 précise que « L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30% du marché en cause sur lequel il vend les biens ou les services contractuels et que la part du marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30% du marché en cause sur lequel il achète des biens et des services contractuels »[839].

Cependant, un accord contenant une restriction caractérisée ne peut pas recevoir le bénéfice d'une exemption par catégorie. Par ailleurs, l'article 5 du règlement n° 330/2010 prévoit trois autres restrictions à l'exemption qui ne concernent que certaines obligations issues de l'accord. Ainsi en est-il des restrictions qui ont pour objet d'interdire : (i) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ; (ii) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens et des services ; (iii) toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés. En l'occurrence, le reste de la convention

[835] Point n° 11 des lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, *J.O.U.E.*, 19 mai 2010.
[836] Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.U.E.*, 23 avril 2010.
[837] J.-Fr. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 194.
[838] Dans ce cas de figure, la Commission a décidé que le mécanisme d'exemption individuel, prévu par l'article 101, §3, du Traité, ne s'applique normalement pas (point n° 47 des lignes directrices sur les restrictions verticales).
[839] Certains auteurs soulignent, à juste titre, que l'on ne peut pas présumer qu'un accord contient une restriction verticale du seul fait qu'il bénéficie de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 330/2010 (R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8e éd., Oxford University Press, 2015, p. 691).

peut continuer à bénéficier de l'exemption automatique par catégorie, à moins que l'obligation frappée par la restriction ne s'avère indissociable des autres obligations contractuelles[840].

B. Les effets des restrictions verticales sur la sélection du distributeur commercial

139. Libre sélection du distributeur comme condition du maintien de la réputation du réseau. – D'aucuns soulignent que le succès de la plupart des réseaux de distribution commerciale reposent sur la réputation que le fournisseur a acquise et qu'il doit préserver[841].

Dans cette perspective, il est admis que le fournisseur doit jouir d'une large marge d'appréciation afin de déterminer si un candidat-distributeur possède les compétences nécessaires au maintien de l'image de marque et de la réputation de son réseau[842]. L'arrêt *Pronuptia* de la Cour de justice des communautés européennes du 28 janvier 1986 s'inscrit dans ce sillage[843]. Dans cette affaire, la haute juridiction a décidé que « L'interdiction pour le franchisé de céder ses droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur sauvegarde le droit pour celui-ci de choisir librement les franchisés dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau »[844].

Le libre choix des distributeurs constitue donc un principe qui garantit le maintien de l'image de marque et de la réputation de la plupart des réseaux de distribution commerciale. La Commission européenne a rallié cette idée dans une décision du 17 décembre 1986[845] où elle a décidé que le franchiseur « est logiquement en droit de choisir librement ses partenaires et d'écarter les candidats qui ne lui paraissent pas remplir les qualifications personnelles et professionnelles qu'il exige pour l'application de la formule qu'il a mise au point »[846].

140. Principe : neutralité du droit de la concurrence sur la sélection du distributeur commercial. – En pratique, il arrive que des accords de distribution commerciale – comme la franchise ou la concession exclusive – contiennent des restrictions verticales : d'aucuns ont montré que la limitation du nombre des membres du réseau et le contrôle que le fournisseur conserve sur eux risquent de restreindre le jeu de la concurrence au sein d'une marque[847].

---

[840] J.-Fr. BELLIS et N. PETIT, « Le droit de la concurrence : précautions utiles lors de la rédaction d'un contrat de distribution », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. DELFORGE (coord.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 54.

[841] Voy. not. sur cette question : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 63, n^{os} 61-62 ; P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 40-44, n^{os} 40-43 ; L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 922, n° 11. Voy. en droit français : M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, pp. 261-262.

[842] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 63, n^{os} 61-62 ; L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 922, n° 11. Voy. dans un sens similaire en droit français : M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, pp. 261-262.

[843] C.J.C.E., 28 janvier 1986, C-161/84, aff. *Pronuptia de Paris GmbH et Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis.*

[844] *Ibidem*, spéc. n° 20.

[845] Décision de la Commission du 17 décembre 1986, aff. *Yves Rocher*, *J.O.U.E.*, 10 janvier 1987.

[846] *Ibidem*, spéc. n° 40.

[847] Les accords de distribution présentent le risque de favoriser la collusion entre les distributeurs et le fournisseur et donc de créer une entente sur les prix ; ces accords peuvent aussi restreindre l'accès au marché à certains distributeurs tout à fait valables (forclusion des intrants). Voy. à ce sujet : L. VOGEL, *European Competition Law*, Paris, LawLex – Bruylant, 2015, p. 206, n° 5.34 ; R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8^{e} éd., Oxford

Le droit européen observe une neutralité de principe sur le libre choix du distributeur en dépit de ces risques d'atteinte à la concurrence. En effet, même si un accord contient une restriction verticale, une exemption par catégorie peut le préserver de toute nullité[848]. La Commission estime ainsi que « La distribution exclusive bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie pour autant que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30%, même si elles sont associées à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles que l'obligation de non-concurrence limitée à cinq ans, l'imposition de quotas ou d'achat exclusif »[849] ; de même, « En ce qui concerne les restrictions verticales à l'achat, à la vente et à la revente de biens et services relevant d'un accord de franchise, telles que la distribution sélective, une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, l'exemption par catégorie s'applique lorsque la part de marché ne dépasse pas les 30% »[850]. En règle, dans ces deux contrats, le fournisseur dispose d'une large marge d'appréciation afin de sélectionner les candidats qui souhaitent entrer dans son réseau[851].

La neutralité du droit de la concurrence s'observe également dans le cadre des accords de distribution sélective quantitative[852]. Cette dernière suppose que le fournisseur sélectionne ses distributeurs sur la base de critères qui ont « pour objet ou pour effet d'entrainer, en dehors du jeu normal de l'offre et de la demande, une limitation quantitative du nombre de points de vente »[853] : ainsi en est-il lorsque le distributeur limite le nombre de points de vente ou fixe un plafond de distributeurs par habitant[854]. La distribution sélective quantitative bénéficie du mécanisme d'exemption par catégorie. La Cour de justice de l'Union européenne l'a confirmé lors d'un arrêt du 14 juin 2012[855]. En l'espèce, la Cour a décidé « qu'il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément »[856]. Aucune règle du droit de la concurrence n'oblige donc le

---

University Press, 2015, p. 682 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien – Lextenso, 2013, pp. 629-630, n^os^ 1917-1919 ; point n° 175 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

[848] Toutefois, il est vrai que la Commission peut décider de *retirer* le bénéfice de l'exemption à l'accord restrictif de concurrence si elle constate que ses effets anticoncurrentiels excèdent ses effets proconcurrentiels. Voy. sur le retrait individuel : R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8^e^ éd., Oxford University Press, 2015, p. 711.

[849] Point n° 152 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

[850] *Ibidem*, n° 190.

[851] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 63, n° 62.

[852] Voy. sur cette question : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 66-67, n° 66. Voy. not. en droit français : L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 150, n° 71 ; D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 6^e^ éd., Paris, LexisNexis, 2012, pp. 302-307, n^os^ 600-606. Voy. not. en droit anglais : J. GOYDER, *EU Distribution Law*, 5^e^ éd., Oxford – Portland – Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 150.

[853] Trib., 27 février 1992, T-19/91, aff. *Société d'hygiène dermatologique de Vichy c. Commission des Communautés européennes*, n° 67.

[854] La vente subordonnée à l'obtention d'un diplôme au nombre de prestataires limités représente aussi un critère quantitatif. Voy. not. à cet égard : Trib., 27 février 1992, T-19/91, aff. *Société d'hygiène dermatologique de Vichy c. Commission des Communautés européennes*, n° 67.

[855] C.J.U.E., 14 juin 2012, C-158/11, aff. *Auto 24 SARL c. Jaguar Land Rover France SAS*.

[856] *Ibidem*, spéc. n° 39. La Cour a prononcé cette solution sous l'empire du règlement n° 1402/2002, mais elle vaut également pour le règlement 330/2010 qui l'a suivi compte tenu de la proximité de leurs termes (L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 150, n° 71 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 66-67, n° 66).

fournisseur à accepter un candidat dont la candidature dépasse la limite de revendeurs fixée pour le réseau[857] ou encore à justifier les raisons qui l'ont amené à arrêter ce *numerus clausus*[858].

141. Tempérament : la distribution sélective purement qualitative. – La neutralité de principe du droit de la concurrence sur la liberté de choisir le distributeur ne s'observe pas pour tout accord vertical ; le cas de la distribution sélective *purement qualitative* en témoigne.

1° Cette forme de distribution commerciale a une origine prétorienne.

En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, l'organisation d'un réseau de distribution sélective ne relève pas de l'article 101, §1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dès lors que la sélection des distributeurs se fonde sur des critères qualitatifs « fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire »[859].

L'application de ces conditions réduit la liberté dont dispose le fournisseur afin de sélectionner ses distributeurs. C'est pour cette raison que l'accord sort du cadre de l'article 101, §1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[860] : le risque de collusion entre les acteurs s'estompe effectivement dans cette situation, puisqu'il n'existe plus de cloisonnement du marché en défaveur de nouveaux arrivants. Un accord de distribution commerciale sélective purement qualitative ne comporte donc normalement pas de restriction verticale[861].

2° Dans cet ordre d'idées, la validité de ce système de distribution suppose que ses critères de sélection satisfassent à une exigence de nécessité et de proportionnalité.

La condition de *nécessité* signifie que la sélectivité doit légitimement se justifier au regard de la nature du produit : elle doit pouvoir en préserver la qualité ou en assurer le bon usage[862]. Ainsi cette exigence se conçoit-elle sans difficultés pour les produits de haute technicité, tels que les voitures[863], la haute horlogerie[864] ou les composants électroniques[865], qui requièrent souvent les conseils d'un spécialiste ainsi qu'un service après-vente adéquat pour

[857] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 66, n° 66.
[858] L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 503, n° 291.
[859] C.J.U.E., 13 octobre 2011, C-439/09, aff. *Pierre Fabre Dermo cosmétique SAS c. Commission*, n° 41. Voy. not. pour une formation similaire : C.J.C.E., 11 décembre 1980, C-31/80, aff. *L'Oréal et De Nieuwe AMCK*, nos 15-16 C.J.C.E., 25 octobre 1977, C-26/76, aff. *Metro SB-GrossMärkte GmbH c. Commission des Communautés européennes*, n° 20. Voy. dans le même sens : Point 175 des lignes directrices sur les restrictions verticales.
[860] Point 175 des lignes directrices sur les restrictions verticales.
[861] *Ibidem.*
[862] *Ibidem.*
[863] R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8e éd., Oxford University Press, 2015, p. 680.
[864] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 67, n° 69. Toutefois, les montres produites massivement ou en série ne requièrent pas un réseau de distribution sélective pour être vendues (A. EZRACHI, *EU Competition Law*, 5e éd., Oxford – Portland – Oregon, Hart Publishing, 2016, p. 184).
[865] C.J.C.E., 25 octobre 1983, C-107/82, aff. *AEG-Telefunken AG c. Commission européenne*, n° 35.

être vendus[866] ; elle ne pose également pas de question pour les produits de luxe comme la parfumerie[867], les produits cosmétiques haut de gamme[868] ou pour la vente de bijoux[869].

Ensuite, il faut que les critères de sélection n'aillent pas au-delà de ce qui est *nécessaire*[870]. Ces critères doivent ainsi permettre d'assurer la distribution du produit dans de bonnes conditions, sans comporter d'exigences disproportionnées à cet effet. Il appartient au juge d'apprécier la proportionnalité des critères dans chaque affaire[871]. Constitue une exigence disproportionnée le fait d'exiger, par exemple, que l'activité faisant l'objet du contrat de distribution représente plus de 50% ou 60% des activités totales du candidat à l'agrément[872].

3° Les critères de sélection doivent revêtir un caractère *objectif* et être appliqués de façon *uniforme* et *non discriminatoire*[873]. Cette exigence constitue le cœur de la limitation apportée au principe de la liberté contractuelle par les règles relatives aux restrictions verticales.

Primo, comme le Tribunal de première instance des Communautés européennes l'a souligné par deux arrêts du 12 décembre 1996, un *critère objectif* suppose que sa formulation revête suffisamment de précision et de clarté afin de permettre un contrôle indépendant et effectif sur son application dans un cas concret[874] : aussi un critère fixant une qualification minimale du personnel, la présence d'installations précises ou de fonds suffisant a-t-il un aspect objectif ; à l'inverse, les critères qui font vaguement référence à la compatibilité du candidat avec la notoriété, à l'image de marque ou l'activité du fournisseur ont un caractère subjectif[875].

Secundo, l'application *uniforme* et *non discriminatoire* des critères de sélection purement qualitatifs constitue le corollaire de leur objectivité.

Selon la Cour de Justice des communautés européennes, l'objectivité des critères de sélection requiert que le fournisseur les respecte et qu'il agrée le candidat qui y répond. Dans un arrêt du 22 octobre 1986, la Cour a effectivement déclaré que « la pratique d'un fabricant consistant à refuser d'agréer des distributeurs qui répondent aux critères qualitatifs du système

---

[866] R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8e éd., Oxford University Press, 2015, pp. 680-681.
[867] C.J.C.E., 11 décembre 1980, C-31/80, aff. *L'Oréal et PVBA « De Nieuwe AMCK »*, n° 16.
[868] C.J.U.E., 23 avril 2009, C-59/08, aff. *Copad SA c. Christian Dior, Vincent Gladel et Société industrielle lingerie*, nos 28-29 ; Trib., 12 décembre 1996, T-19/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des communautés européennes*, nos 119-120.
[869] R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8e éd., Oxford University Press, 2015, p. 681.
[870] Point n° 175 des lignes directrices sur les restrictions verticales. Voy. sur cette condition : R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8e éd., Oxford University Press, 2015, pp. 681-682 ; L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 497, n° 289.
[871] Trib., 12 décembre 1996, T-19/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, nos 123 et 147 ; Trib., 12 décembre 1996, T-88/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, n° 127.
[872] Trib., 12 décembre 1996, T-88/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, n° 144 ; Trib., 12 décembre 1996, T-19/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, n° 151.
[873] Point n° 175 des lignes directrices sur les restrictions verticales.
[874] Trib., 12 décembre 1996, T-88/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, nos 121 et 137 ; Trib., 12 décembre 1996, T-19/92, aff. *Groupement d'achat Édouard Leclercq c. Commission des Communautés européennes*, nos 127 et 144.
[875] Voy. pour un panorama d'exemples : L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, pp. 490-492, n° 270 ; J. GOYDER, *EU Distribution Law*, 5e éd., Oxford – Portland – Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 140-141.

de distribution doit être considérée comme illicite. Une telle pratique fournit donc la preuve de l'existence d'une mise en œuvre illégale de ce système, lorsque le nombre de refus illicites suffit pour exclure qu'il s'agisse de cas isolés ne relevant pas d'un comportement systématique »[876]. Toutefois, une telle obligation ne nous parait pas absolue[877]. L. du Jardin résume cette idée, en écrivant que « L'agréation du distributeur sélectif représente donc une *obligation* dans son chef : celle de respecter en tout temps les critères qualitatifs conditionnant son appartenance au réseau. Mais elle n'est pas un *droit* puisque, aux conditions résumées ci-dessus (la possibilité de vérifier qu'il n'y a pas de faute dans l'exercice du droit de refus), le fournisseur peut valablement la lui refuser »[878]. De la sorte, même si le candidat satisfait aux critères de sélection, le fournisseur peut lui refuser l'agrément à la condition qu'il démontre l'existence d'une raison objective dans son chef[879]. Tel est le cas si un des concurrents du fournisseur fait partie du capital d'une société distributrice candidate. En revanche, le simple fait d'alléguer la nature *intuitu personae* du contrat de distribution commerciale ne suffit pas[880].

En conclusion, l'application uniforme et non discriminatoire des critères objectifs impose au fournisseur de motiver son refus d'agrément : le titulaire du réseau doit ainsi préciser au candidat pourquoi il ne satisfait pas aux critères qu'il a fixés ou pourquoi il refuse de l'agréer alors qu'il y répond de prime abord. Dans cette logique, il nous semble que le droit de la concurrence place la liberté de choisir le distributeur sous surveillance. L. Vogel et J. Vogel pensent aussi que « La liberté du fabricant a pour corollaire de motiver tout refus d'agrément : il est tenu de "faire connaître les motifs concrets de son refus d'agrément. Le caractère notoire et habituel des conditions d'agrément appliquées ne saurait le dispenser de motiver avec précision un refus d'agrément pour non-respect des critères objectifs de sélection »[881].

§4. – Contrôle de la liberté de choix du cocontractant intuitu personae par l'interdiction de l'abus de droit

142. Interdiction de l'abus de droit, écueils à son application aux libertés civiles et sanction de l'exercice excessif de la liberté de choisir le contractant *intuitu personae*. – Il revient à la doctrine et à la jurisprudence d'avoir balisé les principes qui entourent l'interdiction de l'abus de droit (**A**). En outre, si son application aux libertés pose parfois question, ces écueils ne nous semblent pas dirimants (**B**). Les juridictions fournissent d'ailleurs des cas d'application concrets à propos du refus de contracter avec une personne qui justifie l'*intuitus personae* (**C**).

---

[876] C.J.C.E., 22 octobre 1986, C-75/84, aff. *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, n° 72. Voy. dans le même sens : C.J.C.E., 25 octobre 1983, C-107/82, aff. *AEG-Telefunken AG c. Commission des Communautés européennes*, n° 37. Cons. not. sur la portée de ces décisions : J. GOYDER, *EU Distribution Law*, 5e éd., Oxford – Portland – Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 133-134 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, pp. 261-262.

[877] L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, pp. 492-497, nos 287-288 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 66-67, nos 66-68. Voy. dans un sens similaire : L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 922, n° 11.

[878] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 67, n° 67.

[879] L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 496, n° 288.

[880] *Ibidem*.

[881] L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 493, n° 287.

A. Notion et critères de l'abus de droit

143. Définition de l'abus de droit. – Pour la Cour de cassation, l'interdiction de l'abus de droit constitue un principe général du droit qui permet aux magistrats de contrôler l'exercice des droits subjectifs[882] : ce principe leur confère donc un pouvoir modérateur qui a pour objet de tempérer l'usage manifestement excessif des droits[883]. Selon Th. Léonard, un droit subjectif « est le pouvoir subjectif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts »[884].

144. Critère général et critères spécifiques de l'abus de droit. – Il est admis que « L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente »[885]. Il s'agit là du critère général de l'abus de droit que la Cour de cassation rappelle régulièrement dans ses arrêts[886].

La violation de ce critère général s'apprécie *in concreto* à la lumière de toutes les circonstances de la cause[887] et, en principe, à l'aide d'autres critères spécifiques. Dans cette perspective, la Cour de cassation admet tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle[888] :

- l'exercice d'un droit avec l'intention exclusive de nuire[889] ;
- le choix, entre différentes manières d'exercer un droit, avec la même utilité, de la voie la plus préjudiciable pour autrui ou pour l'intérêt général[890] ;

---

[882] Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER ; Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999 ; Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212 ; Cass., 5 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 768.

[883] S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droit contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in *Les obligations contractuelles*, M. DUPONT (éd.), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 270, n° 1 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 73-78, n° 26 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 137, n° 113 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groningen, Intersentia, 2000, p. 304, n° 248.

[884] Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 569, n° 27. Voy. not. sur cette question : S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2014, pp. 83-86, nos 8-10.

[885] Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER.

[886] Voy. not. : Cass., 9 mars 2009, *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J.-Fr. GERMAIN ; Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 996 ; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 244 ; Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE ; Cass., 1er février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 158 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212.

[887] Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER ; Cass., 1er octobre 2010, *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER, *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN et S. STIJNS ; Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 694 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 814 ; Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1460, note M. E. STORME.

[888] Voy. not. pour une présentation générale des critères spécifiques de l'interdiction de l'abus de droit : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 89-92, nos 32 à 35 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 137 à 139, n° 114 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 67 à 70, nos 91-92.

[889] Cass., 14 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 528 ; Cass., 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 406 ; Cass., 11 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 867.

[890] Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602 ; Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332 ; Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65.

- l'exercice d'un droit à une fin économique ou sociale différente de celle que le législateur lui a attribuée[891] ;
- l'exercice d'un droit sans intérêt raisonnable et suffisant ou légitime[892] ;
- l'exercice d'un droit causant un dommage sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit[893].

Cette liste n'a pas un caractère exhaustif. En effet, il arrive que la Cour de cassation reconnaisse d'autres critères spécifiques[894]. La consécration de la *rechtsverwerking* sous l'angle de l'abus de droit l'illustre : ainsi la haute juridiction a-t-elle décidé que l'exercice d'un droit d'une manière objectivement inconciliable avec l'usage normal qu'en ferait une personne normalement prudente et diligente constitue un abus de droit[895]. Partant, à notre sens, la rupture subite des négociations sur le point d'aboutir correspond maintenant davantage à un critère spécifique de l'interdiction de l'abus de droit qu'à une application de la faute civile[896].

B. Écueils à l'application de l'interdiction de l'abus de droit à la liberté de contracter

1) Interdiction de l'abus de droit et libertés civiles

145. Controverse concernant l'application de l'interdiction de l'abus de droit aux libertés civiles. – Selon d'aucuns, la liberté contractuelle ressortit du domaine des libertés civiles, qui se définissent comme « le pouvoir d'agir ou de ne pas agir attribué égalitairement par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but »[897].

L'application de l'interdiction de l'abus de droit à la liberté de contracter ou de ne pas contracter renvoie à la controverse qui concerne la possibilité d'abuser de l'usage des libertés civiles. En droit belge, il existe trois tendances différentes à ce sujet.

Certains auteurs pensent que le principe général de l'interdiction de l'abus de droit ne s'applique pas aux libertés civiles. Selon eux, ces prérogatives n'ont pas de limites formelles clairement définies, compte tenu de leur caractère égalitaire : il parait donc impossible d'en cerner les contours et, de la sorte, de définir avec précision ce que les juridictions peuvent corriger par leur pouvoir modérateur[898]. Th. Léonard écrit ainsi que « si comme nous le pensons,

---

[891] Cass., 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 890.
[892] Cass., 30 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 405 ; Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 694 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 814 ; Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185, note P.A. FORIERS ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392 ; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332.
[893] Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 694 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 814 ; Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185, note P.A. FORIERS ; Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392 ; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 ; Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295 ; Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.
[894] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 86, n° 31 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 69, n° 92.
[895] Cass., 1er octobre 2010, *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER, *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN et S. STIJNS ; Cass., 20 octobre 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 1161.
[896] La doctrine appréhende cette hypothèse de rupture sur l'angle de la faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Voy. not. en ce sens : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 150, n° 125.
[897] Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 569, n° 27.
[898] A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 372-373, n° 333 ; Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 590-591, n° 46 ; I. DURANT, « La rupture unilatérale des

la liberté privée n'est pas un droit subjectif et que la liberté de ne pas contracter n'est en réalité qu'un mode d'exercice de la liberté de contracter, elle n'offre pas d'assiette à ladite théorie. La théorie de l'abus de droit n'a rien à "corriger" concernant l'exercice de la liberté de (ne pas) contracter. Le titulaire ne peut imposer *a priori* son pouvoir de (ne pas) contracter à autrui. La théorie ne retrouve pas la justification de son application en dehors des droits subjectifs »[899].

Toutefois, une autre partie de la doctrine estime que l'indétermination des contours des libertés civiles ne fait pas obstacle à leur contrôle sur la base de l'interdiction de l'abus de droit. Dans la plupart des cas, ces auteurs pensent que les frontières d'une liberté se définissent lors de sa confrontation avec les droits et les libertés d'autrui ; les juridictions peuvent donc user de leur pouvoir modérateur dès lors qu'elles arrivent à dresser les limites de la liberté litigieuse avec suffisamment de précision dans une espèce[900]. Ainsi J.-Fr. Romain pense-t-il que « Ce qui importe en définitive, c'est la liberté ou le droit subjectif en acte, c'est-à-dire dans la situation concrète où l'existence d'une faute ou d'un abus de droit vis-à-vis d'autrui sera, le cas échéant, relevée. Sur un plan plus fondamental encore, ni la liberté ni le droit ne peuvent être analysés sans la prise en compte d'un équilibre le plus juste possible, à rechercher a priori et dans l'exercice de cette liberté ou de ce droit, entre l'intérêt personnel et l'intérêt d'autrui »[901].

Enfin, pour une troisième tendance, il faut admettre le contrôle du refus de contracter au départ de l'interdiction de l'abus de droit parce qu'une liberté ne se distingue guère d'un droit subjectif[902] ou parce qu'une liberté peut se transformer en un droit subjectif quand son titulaire la met en œuvre. S'agissant de la seconde hypothèse, L. Cornelis enseigne « [qu'on] distingue la faculté de contracter, la faculté de déterminer les conditions auxquelles un accord est subordonné, la faculté de refuser un engagement contractuel… Lorsqu'une personne fait usage de ces facultés à l'égard d'un autre sujet de droit, elle exerce un *droit subjectif*. L'exercice d'un droit subjectif se fait nécessairement dans la forme d'un acte juridique »[903].

146. Arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2011 et fin de la controverse. – La Cour de cassation a consacré l'application de l'interdiction de l'abus de droit à la liberté contractuelle dans un arrêt du 7 octobre 2011[904]. La Cour avait déjà abordé implicitement cette question par

---

pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, P. VAN OMMESLAGHE et J.-Fr. GERMAIN (éds.), Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, pp. 54-55, n° 17 ; H. GEENS, « De grondslagen van de *culpa in contrahendo* », *Jur. Falc.*, 2003-2004, p. 446.

[899] Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 590-591, n° 46.

[900] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 82-83, n° 29 ; A. DE BOECK, « Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 494 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 455-456, n° 13.3.1.

[901] J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, p. 456, n° 13.3.1.

[902] P.A. FORIERS, « *Pacta sunt servanda* (portée et limites) », in *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles, Bruylant – Kluwer, 2003, p. 21, n° 21 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 456-457, n° 13.3.2 ; W. DE BONDT, « Precontractuele aansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1993, pp. 96-97, n° 9.

[903] L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle d'un processus précontractuel », *R.G.D.C.*, 1990, p. 396, n° 6.

[904] Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2148, , *R.C.J.B.*, 2013, p. 537, note Th. LÉONARD, *R.G.D.C.*, 2012, p. 489, note A. DE BOECK, *R.W.*, 2010-2011, p. 1181, note S. STIJNS et S. JANSEN. Cons. not. sur ces incertitudes : S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2014, pp. 90-91, n° 14 ; Th.

deux arrêts du 24 septembre 1992[905] et du 27 juin 1985[906] dans lesquels elle avait fait le lien entre un refus de contracter abusif et un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché.

Une convention-cadre de fusion prévoyait que des médecins spécialistes d'un centre médico-social pouvaient adhérer au nouveau statut de médecin intégré de l'hôpital absorbant. Deux des trois médecins pédiatriques ont obtenu le nouveau statut à la suite de leur demande. Cependant, l'hôpital a toujours refusé de contracter avec le troisième médecin, sans lui faire part d'une justification. Ce médecin assigne donc l'hôpital pour abus de droit. La Cour d'appel n'a pas fait droit à cette prétention : selon elle, « l'abstention de poser un acte juridique ne peut être confondue avec l'exercice d'un droit », de sorte qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la théorie de l'interdiction de l'abus de droit au refus de contracter. La Cour de cassation a cassé cette décision, en décidant que « Le refus de contracter peut constituer un abus de droit lorsque l'usage de la liberté de ne pas contracter est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente et diligente »[907].

Cette décision mérite l'approbation. Un détour par le droit français permet de le comprendre. Pour certains, c'est à la précision concrète avec laquelle le législateur encadre une prérogative qu'il faut se référer et non à sa nature abstraite afin de juger de l'application de l'abus de droit : lorsque le législateur établit les limites d'une prérogative avec précision, les magistrats peuvent cerner la marge de manœuvre dont dispose son titulaire pour l'exercer – quelle qu'en soit sa nature précise – et donc user de leur pouvoir modérateur[908]. Ce raisonnement concilie différentes opinions doctrinales rencontrées en droit belge. Il confirme que l'indétermination de plusieurs libertés civiles sied mal à l'interdiction de l'abus de droit[909] : le recours à ce mécanisme correcteur ne se conçoit pas pour la vague liberté d'aller et de venir. Cependant, rien ne s'oppose à ce que d'autres libertés fassent exception à cette règle compte tenu des règles qui les encadrent[910]. Il nous semble que la liberté contractuelle en fait partie. Le législateur fixe précisément les limites formelles de son exercice par les obligations de

---

LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 564-566, n° 22.

[905] Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049, *R.C.J.B.*,1995, p. 5, note L. VAN BUNNEN.

[906] Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1394.

[907] *Pas.*, 2011, p. 2154.

[908] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FRABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4e éd., in *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (éd.), Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 752-755, n° 767-770. Voy. dans un sens similaire : S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2014, pp. 94-95, n° 18.

[909] Voy. not. : A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 372-373, n° 333 ; Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 590-591, n° 46 ; I. DURANT, « La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, P. VAN OMMESLAGHE et J.-Fr. GERMAIN (éds.), Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, pp. 54-55, n° 17.

[910] En réalité, cette opinion permet de compléter et, en quelque sorte, de renforcer le point de vue défendu par P. Van Ommeslaghe et J.-Fr. Romain (P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 82-83, n° 29 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 455-456, n° 13.3.1).

contracter ou de ne pas contracter, par les lois, décrets et ordonnances antidiscrimination et par les différentes interdictions de restrictions du droit de la concurrence (*supra*, n[os] 117-141)[911].

2) Abus de droit et effet limitatif du droit de la concurrence

147. Effet limitatif du droit de la concurrence économique. – Selon l'article VI.104 du Code de droit économique, « Est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises ». La violation d'une règle écrite impérative, d'ordre public ou d'un standard de comportement non écrit constitue un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché[912]. Dans cette situation, la victime peut en demander la cessation au président du tribunal de commerce, statuant comme en référé, en vertu de l'article XVII.1 du Code précité[913].

Certains auteurs plaident en faveur d'un effet *limitatif* ou *réflexe* du droit de la concurrence économique sur celui de la concurrence déloyale. Selon L. Garzaniti et D. Vandermeersch[914], « Cette conception postule que les usages honnêtes en matière commerciale doivent être identifiés et, en conséquence, être limités par référence aux règles de la L.P.C.E. [*i.e.* la concurrence économique] garantissant une concurrence effective sur le marché. En d'autres termes, les comportements concurrentiels qui ne sont pas prohibés par la L.P.C.E. ne pourraient être considérés comme contraires à la norme générale de concurrence déloyale » [915]. Par exemple, un refus de vente ne peut pas constituer une pratique restrictive de concurrence si son auteur bénéficie de la règle *de minimis* ; de même, par application de l'effet limitatif, cet acte ne peut donc pas former un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché.

Cette théorie revient à autoriser tous les comportements que les règles restrictives de concurrence ne prohibent pas : les règles de la concurrence déloyale ne permettent alors de sanctionner une pratique qu'à partir du moment où elles l'interdisent explicitement et que les dispositions du droit de la concurrence économique ne l'autorisent pas[916]. Plusieurs auteurs ont rejeté l'effet limitatif de la concurrence[917] tandis que d'autres l'ont tempéré en admettant la

---

[911] Voy. sur les limites de cette liberté, pour l'exposé de ces principes ainsi que pour une adhésion implicite : S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2014, pp. 93-94, n[os] 17-18.

[912] Cass., 31 janvier 2002, *R.D.C.*, 2002, p. 281. Voy. : Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel du droit de l'entreprise*, 3[e] éd., Limal, Anthemis, 2015, p. 517, n° 867 ; A. PUTTEMANS, « La vente à perte de services comme acte de concurrence déloyale », obs. sous Cass. 25 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, p. 194, n° 15 ; J. STUYCK, « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce », obs. sous Cass. 7 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 256-257, n° 3.

[913] Nous limitons l'examen aux pratiques déloyales entre entreprises et non à celles qui se produisent à l'égard des consommateurs telles qu'interdites par l'article VI.95 du Code de droit économique. Voy. à ce sujet : Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel du droit de l'entreprise*, 3[e] éd., Limal, Anthemis, 2015, pp. 520-524, n[os] 870-874.

[914] L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, « L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale : état de la question », *R.D.C.*, 1997, p. 4. Voy. en faveur d'une autonomie du droit de la concurrence, sans cependant faire état de la théorie de l'effet limitatif : L. VAN BUNNEN, « Le traitement jurisprudentiel du refus de vente. État de la question », obs. sous Cass. 24 septembre 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 35.

[915] L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, « L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale : état de la question », *R.D.C.*, 1997, pp. 5-6.

[916] *Ibidem*, p. 9.

[917] J.-Fr. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinages et de l'abus de droit (plus précisément dans le refus individuel de

possibilité d'ordonner la cessation des pratiques constitutives d'un abus de droit[918]. À cet égard, J.-Fr. Romain écrit que « la liberté de concurrence, promue par le droit de la concurrence, n'est pas un absolu et demeure susceptible d'être limitée par le droit de la concurrence déloyale, lorsque les limites de cette liberté ont été dépassées par tout acte fautif, abusif, ou plus généralement qualifiable d'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale »[919].

148. Consécration relative de l'effet limitatif de la concurrence. – Par une décision du 7 janvier 2000, la Cour de cassation a partiellement consacré l'effet limitatif de la concurrence[920].

Cette décision concerne un refus de vente opposé dans le cadre de l'approvisionnement d'une franchise. La victime alléguait que le refus constituait une restriction de la concurrence et un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché. Dans cette affaire, la Cour a décidé « [qu'attendu] que la pratique d'une entreprise qui restreint la concurrence, mais est admise tant par le droit européen concernant la concurrence que par la loi belge relative à la concurrence ne peut être interdite en vertu de l'obligation de respecter les usages honnêtes en matière commerciale, lorsque la violation des usages honnêtes, telle qu'elle est invoquée, consiste pour *l'essentiel uniquement* en une restriction de concurrence entre les distributeurs »[921].

Dans cette logique, si les règles belges ou européennes du droit de la concurrence autorisent une pratique restrictive, les juridictions ne peuvent pas la sanctionner par le détour des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché au motif que cette pratique représente précisément un comportement anticoncurrentiel. Le droit de la concurrence déloyale ne permet pas de contourner les règles établies dans le cadre de la concurrence économique[922]. En revanche, rien ne s'oppose à ce que les cours et tribunaux ordonnent la cessation d'un comportement lorsqu'il apparait qu'il contrevient aux pratiques honnêtes du marché pour des raisons qui *ne reposent pas* sur l'existence d'une restriction de la concurrence. Dans ce cadre, un refus de contracter peut donc encourir la critique sous l'angle du principe général de l'interdiction de l'abus de droit, malgré sa licéité au regard du droit de la concurrence[923].

---

contracter) », *Rev. dr. ULB*, 2002, p. 240, n° 45 ; P. DE VROEDE, « De stakingsrechter en de Belgische mededingingswet », *R.W.*, 1995-1996, p. 140, n° 10.

[918] J. STUYCK, « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce », obs. sous Cass. 7 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 263, n^{os} 21-22 ; J. STUYCK, Y. BUELENS et D. COUNYE, « Verkoopweigering en eerlijke handelsgebruiken », *R.D.C.*, 1995, p. 799, n° 28.

[919] J.-Fr. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinages et de l'abus de droit (plus précisément dans le refus individuel de contracter) », *Rev. dr. ULB*, 2002, p. 240, n° 45.

[920] Cass., 7 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 249, note J. STUYCK.

[921] Nous soulignons. *Ibidem*, p. 255.

[922] P. Van Ommeslaghe résume d'ailleurs la théorie de l'effet limitatif de la concurrence à cette considération dans son *Traité de droit civil belge* (t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 582-583, n° 364). En effet, avant que le législateur ne revoie le droit de la concurrence belge en profondeur par la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, les cours et tribunaux palliaient parfois les lacunes de l'ancienne réglementation sur la concurrence économique par le droit de la concurrence déloyale : ils leur arrivaient ainsi de prononcer la cessation de certains comportements anticoncurrentiels, que l'ancienne loi belge ne sanctionnait pas, sur la base d'une pratique contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Les refontes successives du droit belge de la concurrence et son alignement sur le droit européen ont rendu cette pratique caduque, qui ne présente actuellement plus aucune raison d'être (*ibidem*, p. 583, n° 364).

[923] J.-Fr. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinages et de l'abus de droit (plus précisément dans le refus individuel de contracter) », *Rev. dr. ULB*, 2002, p. 240, n° 45 ; P. DE VROEDE, « De stakingsrechter en de Belgische

Selon nous, la Cour de cassation a confirmé cette opinion lors d'une autre décision du 25 octobre 2001[924] qui concerne la vente à perte de services[925]. *In casu*, la Cour a affirmé « Qu'il n'est pas exclu qu'une entreprise *ne dominant pas* le secteur du marché concerné commette une infraction à l'interdiction précitée en procédant, dans des circonstances déterminées, à une telle vente ; que c'est plus spécialement le cas lorsqu'une telle entreprise vend des services à perte, en s'inspirant des comportements d'autres entreprises ou des autorités en vue de réaliser un but économique illicite »[926]. Une pratique autorisée par la concurrence peut donc constituer un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, notamment si elle repose sur un but illicite. Tel est le cas, par exemple, d'un refus de contracter qui a pour objectif de nuire à un concurrent[927].

C. Panorama des applications du principe de l'interdiction de l'abus de droit à la liberté de choisir son cocontractant *intuitu personae*

149. Contrôle de la liberté de choisir le cocontractant *intuitu personae*. – Dans sa version originelle, l'*intuitus personae* se réfère à la relation de confiance ou d'affection qu'entretiennent les parties[928]. L'abus de la liberté contractuelle peut alors poser question : les juges peuvent difficilement décider quand un cocontractant exerce sa liberté de contracter ou de ne pas contracter d'une manière qui excède l'usage qu'en ferait une personne prudente et diligente[929].

Toutefois, à notre sens, l'évolution de la liberté contractuelle et de l'*intuitus personae* plaident en faveur d'un contrôle du choix du cocontractant qui justifie ce caractère. Nous résumons les arguments développés dans la première section de ce chapitre.

Selon d'aucuns, il n'existe plus réellement de droits ou de libertés discrétionnaires[930]. La liberté de contracter et de ne pas contracter s'inscrit dans ce sillage, compte tenu de la

---

mededingingswet », *R.W.*, 1995-1996, p. 140, n° 10. Voy. également en faveur de l'application de l'abus de droit : J. STUYCK, « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce », obs. sous Cass. 7 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 263, n^{os} 21-22 ; J. STUYCK, Y. BUELENS et D. COUNYE, « Verkoopweigering en eerlijke handelsgebruiken », *R.D.C.*, 1995, p. 799, n° 28. Dans le domaine du refus de vente, il est vrai que le nouvel article IV.2/1 du Code de droit économique complique la délimitation de la frontière entre les règles de la concurrence économiques et les règles de la concurrence déloyale. Cette disposition prévoit effectivement « [qu'est] interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position de dépendance économique dans laquelle se trouvent une ou plusieurs entreprises à son ou à leur égard, dès lors que la concurrence est susceptible d'en être affectée sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci : 1° le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction […] ».

[924] Cass., 25 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, p. 162.

[925] A. PUTTEMANS, « La vente à perte de services comme acte de concurrence déloyale », obs. sous Cass. 25 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, p. 197, n° 17.

[926] Nous soulignons (Cass., 25 octobre 2001, R.G. n° C. 00.0090.N, http://www. juridat.be). Voy. pour la version originale en néerlandais : Cass., 25 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 169-170.

[927] Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049, *R.C.J.B.*, 1995, p. 5.

[928] Voy. not. en droit français sur ce point : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n^{os} 16 et 33 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 4, n° 3 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 21, n^{os} 22-23 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 33-34, n° 15.

[929] Voy. not. sur le critère général de l'interdiction de l'abus de droit : Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER ; Cass., 9 mars 2009, *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J.-Fr. GERMAIN ; Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 996 ; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 244 ; Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE ; Cass., 1er février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 158 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212.

[930] S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2014, p. 85, n° 9 ; P. VAN

multiplication des restrictions légales que le législateur belge y a apportées : ainsi en est-il des obligations de contracter, de ne pas contracter, des lois, décrets et ordonnances interdisant la discrimination entre particuliers ou entre opérateurs économiques. Ces limitations s'accroissent encore si l'on accepte que l'interdiction de l'abus de droit permette de sanctionner les comportements prohibés par certaines règles de droit international sans effet direct[931]. En effet, dans les travaux préparatoires d'une des trois lois du 10 mai 2007, le législateur a affirmé « [qu'à] titre subsidiaire, on rappellera que, dans les développements ultimes, la théorie civiliste de l'interdiction de l'abus de droit peut servir de base à la sanction de comportements qui, dans les rapports horizontaux, sont constitutifs de discriminations prohibées par une norme internationale comportant une liste ouverte de critères de discrimination »[932] (*supra*, n° 112).

Le concept de l'*intuitus personae* connait également une évolution vers l'objectivité : si certains contrats peuvent concrètement reposer sur la confiance ou sur l'affection, une multitude se fonde sur des qualités dotées d'un caractère objectif ou à tout le moins interchangeable. Il en va ainsi, par exemple, quand un agrément, un accès à la profession ou une certification constitue l'élément déterminant de la convention[933]. Les juridictions disposent alors d'éléments objectifs afin de déterminer les limites dans lesquelles le titulaire de l'*intuitus personae* peut exercer sa liberté contractuelle. Selon G. Kostic, « [il] y a abus du droit de refuser de contracter pour un motif personnel dans les contrats ne comportant pas l'*intuitus personae* ou dans les contrats comportant une obligation *intuitu personae* lorsque cette considération de la personne est introduite ou exercée d'une manière ne répondant à aucun intérêt légitime »[934] (*supra*, n° 113).

Partant, les juridictions peuvent contrôler les refus de contracter qui leur sont soumis : la marge d'appréciation du titulaire de l'*intuitus personae* a tout au plus un aspect « quasi-discrétionnaire » en certains cas[935]. Ils doivent tenir compte de toutes les circonstances de la cause afin de déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation dont ils disposent à cet effet[936].

150. Critère de l'absence d'intérêt ou de la disproportion. – L'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit au refus de contracter prend souvent place dans des circonstances exceptionnelles, qui reposent sur le fait que l'auteur du refus n'avait *aucun intérêt*

OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 78-82, n° 28 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 137, n° 113 ; P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », obs. sous Cass. 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 213, n° 17, p. 213, n° 17.

931 . RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, p. 35.

932 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2720/001, p. 20.

933 Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 33 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 171-172, n° 308 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 22, n° 24.

934 G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 242, n° 359.

935 M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 22, n° 24.

936 L'appréciation concrète de l'abus de droit constitue d'ailleurs une exigence de la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER ; Cass., 1er octobre 2010, *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER ; Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 694 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 814 ; Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1460, note M. E. STORME.

à agir de la sorte ou encore qu'il a agi de manière tout à fait *disproportionnée*[937]. Ces circonstances s'observent rarement lorsque les parties contractent pour la première fois ; elles se rencontrent davantage, à l'inverse, lors du renouvellement de certaines conventions[938].

1° Ces critères s'appliquent quand le candidat répond aux conditions objectives fixées par le titulaire de l'*intuitus personae* et que ce dernier ne motive pas son refus de contracter.

Une ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Hasselt du 24 septembre 1997 illustre ces propos[939]. Dans cette affaire, lors du renouvellement d'un contrat de franchise, le franchisé souhaitait céder son fonds de commerce à une tierce personne. Le franchiseur s'y opposait, sans justifier sa décision et sans même se renseigner sur la personne du repreneur. Ce dernier pouvait notamment se prévaloir de garanties de solvabilité et de compétences équivalentes à celles du franchisé initial[940]. Ce dernier assigne le franchiseur pour abus de droit. Le Président a fait droit à cette demande. En effet, il a estimé que le franchiseur « *geen belang heeft bij de weigering en een kennelijk onevenwicht in de belangen veroorzaakt zij rechtsmisbruik begaat en aldus een inbreuk op de eerlijke handelspraktijken* »[941].

L'arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2011 fournit implicitement une application du critère de proportionnalité[942]. *In casu*, l'avocat général a observé que l'hôpital « commettait un abus de droit en refusant de lui accorder [*i.e.* au médecin] le statut de médecin intégré *sans justification ni nécessité objective*, alors que tous les médecins de l'équipe ont été intégrés »[943]. Ces circonstances témoignaient de l'exercice disproportionné du refus de contracter, puisque le premier moyen de cassation soutenait « qu'en considérant que l'abstention de poser un acte juridique ne peut être confondue avec l'exercice d'un droit et en n'examinant pas, ainsi que les conclusions du demandeur l'y invitaient, *si la défenderesse n'a pas retiré un avantage sans proportion avec la charge corrélative du demandeur*, l'arrêt attaqué a méconnu la notion légale d'abus de droit et violé, partant, les articles 1134, alinéa 3 et 1382 du Code civil et le principe général du droit prohibant l'abus de droit »[944]. La Cour de cassation a déclaré ce moyen fondé.

2° En revanche, l'abus de droit ne se conçoit pas sur la base de ces critères lorsque le titulaire de l'*intuitus personae* motive son refus de contracter par une justification objective.

Une décision du Tribunal de commerce de Bruxelles du 8 novembre 2002 montre que l'abus de droit s'envisage difficilement quand le refus de contracter se fonde sur un *motif*

---

[937] Voy. not. pour ce constat en général : J.-Fr. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinages et de l'abus de droit (plus précisément dans le refus individuel de contracter) », *Rev. dr. ULB*, 2002, pp. 249-250, n^os^ 53-54.

[938] Voy. not. sur ce point dans la franchise : S. CLAEYS, *Franchising*, Bruges, die Keure, 2009, p. 478, n° 586.

[939] Comm. (Prés.) Hasselt, 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, p. 95.

[940] Certains auteurs se demandent si cette affaire n'aurait pas pu être traitée comme un cas de responsabilité contractuelle du franchiseur et, plus précisément, sous l'angle de la méconnaissance des clauses contractuelles organisant le renouvellement du contrat ou la cession du fonds de commerce (P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 23, n° 20). Toutefois, le Président l'a appréhendée sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit et donc de la méconnaissance d'un usage honnête en matière commerciale.

[941] Comm. (Prés.) Hasselt, 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, p. 97.

[942] Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2148, concl. av. gén. A. HENKES, *R.C.J.B.*, 2013, p. 537, note Th. LÉONARD, *R.G.D.C.*, 2012, p. 489, note A. DE BOECK, *R.W.*, 2010-2011, p. 1181, note S. STIJNS et S. JANSEN.

[943] Nous soulignons. Voy. : Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2148, spéc. p. 2149.

[944] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 2150).

économique légitime[945]. Une banque a refusé de conclure un nouveau crédit destiné à restructurer la dette de clients dont la solvabilité vacillait. Les clients ont alors soutenu que ce refus s'avérait disproportionné par rapport au dommage qu'il leur créait. Le Tribunal a rejeté cette prétention. Selon la juridiction, « si la décision du banquier de refus de restructurer les crédits risque de causer des inconvénients hors de proportion avec l'avantage auquel la banque entend retirer de sa décision, celle-ci viole le principe de l'exécution de bonne foi des conventions »[946]. Cependant, ajoute le Tribunal, la banque « expose de façon convaincante que l'absence d'obligation de restructurer les crédits a une explication également économique. En octroyant les crédits aux dates déterminées, le prêteur a dû se financer lui-même sur le marché des capitaux ; en cas de remboursement anticipé, le prêteur subit un préjudice (outre l'aléa de la différence de taux, il se voit obligé de remplacer inopinément un capital avec toutes les contraintes administratives et les délais d'improductivité que cela suppose) »[947].

Un motif de refus peut aussi consister dans la *rupture de la confiance* quand le contrat projeté implique une collaboration étroite des parties et donc une forte dose de confiance. Un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 21 février 2008 fournit un exemple[948]. Un concédant a refusé d'agréer le cessionnaire des parts de son concessionnaire exclusif, car ces deux parties avaient mené des négociations en dehors de la procédure prévue par le contrat. Il ne faisait pas confiance au cessionnaire alors qu'il s'agissait d'un élément essentiel de son consentement. La Cour d'appel d'Anvers a donc rejeté la demande fondée sur l'abus de droit. Elle a constaté que « *In die omstandigheden heeft BMW op niet-onredelijke grondslag en zonder daarbij de perken van haar beslissingsvrijheid te buiten te gaan,* kunnen oordelen dat het vertrouwen in geïntimeerde in die mate geschokt was dat zij daardoor afzag van enige verdere toekomstige commerciële samenwerking*, temeer daar en NV Siau en geïntimeerde in hun eerste contracten met BMW na het sluiten van voormeld "onherroepelijke aanbod tot verkoop" hebben gehandeld alsof de overdracht van de aandelen reeds onherroepelijk gesloten was en zulks niet kan herleid worden tot "slechte communicatie" en in ieder geval bij BMW tot gerechtvaardigd toenemend wantrouwen kan geleid hebben* »[949]. De ce fait, la Cour conclut que « *In die omstandigheden is de contractweigering van appelante t.o.v. geïntimeerde niet onrechtmatig* »[950].

151. Critère de l'atteinte à la confiance légitime, du détournement du droit de sa finalité initiale ou de l'intention de nuire. – Un abus s'envisage aussi si le titulaire de l'*intuitus personae* rompt les négociations alors qu'il avait créé l'espérance légitime de conclure le contrat, s'il détourne cette liberté de sa finalité initiale ou s'il l'exerce avec l'intention de nuire.

Ces critères spécifiques permettent de contrôler à la marge le refus de contracter émis par le titulaire de l'*intuitus personae*, même si ce caractère repose sur des fondements de nature subjective. C'est pour cette raison que la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* n'a normalement pas un aspect discrétionnaire, mais tout au plus quasi-discrétionnaire en pratique.

[945] Comm. Bruxelles, 8 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 169.
[946] *Ibidem*, spéc. p. 172.
[947] *Ibidem*.
[948] Anvers, 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 915, note L. DU JARDIN.
[949] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 917).
[950] *Ibidem*, spéc. p. 918.

Une décision de la Cour d'appel de Mons du 7 janvier 2013 illustre cette idée dans le domaine des crédits[951]. Un client souhaitait souscrire un nouveau crédit-logement chez une banque après en avoir déjà obtenu un auprès d'elle. Le premier crédit prévoyait qu'un mandat hypothécaire et qu'une hypothèque garantissaient toutes les dettes présentes et futures du crédité. La banque ne voyait pas d'objection à l'octroi du nouveau crédit-logement à la base. Toutefois, lors de la finalisation du dossier, elle a exigé de lier la conclusion du nouveau contrat à la régularisation des garanties présentes dans le premier : elle souhaitait ainsi étendre le mandat hypothécaire et de l'hypothèque au nouveau crédit. Le candidat refusa cette condition, étant donné que les garanties litigieuses s'étendaient déjà au deuxième crédit. La banque rompit pourtant les négociations sur la base de ce seul motif. Le client l'assigna pour rupture abusive. En l'espèce, la Cour d'appel a rappelé « [qu'il] est vrai que l'ouverture de pourparlers n'engage pas à contracter et que chacune des parties garde son droit de rompre. Ce droit a cependant des limites : il ne s'agit pas d'en abuser et il convient de négocier de bonne foi »[952]. En conclusion, il apparait que la banque a donc commis une *culpa in contrahendo* « en présence d'un client habituel, en ordre de paiement, en lui laissant espérer que les garanties existantes et sa situation financière étaient suffisantes pour lui permettre d'obtenir le nouveau crédit sollicité à un taux favorable, pour ensuite subitement refuser de traiter avec lui pour un motif fallacieux »[953].

Un arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 1992[954] fournit un cas d'application d'un refus de contracter fait avec l'intention exclusive de nuire ou encore avec la volonté de détourner cette liberté de sa finalité économique ou sociale initiale[955]. Un journal motivait sa décision de refus d'approvisionner une libraire par le fait que ce contrat augmenterait son stock d'invendus et, de la sorte, diminuerait sa rentabilité vu le nombre de distributeurs présents à proximité. La librairie l'a assigné pour refus abusif de contracter. La Cour de cassation a validé cette opinion. En effet, à la suite de la Cour d'appel, elle a constaté que « la décision de refus de la demanderesse [*i.e.* le journal] était certainement abusive et […] [qu'elle] a adopté un comportement contraire aux règles de correction en usage entre commerçants, qu'elle ne justifie pas en fait avoir en l'espèce obéi à des critères objectifs tenant par exemple à la qualité du service rendu à la clientèle et *qu'elle a eu en vue d'éliminer la défenderesse* [i.e. la librairie] *parce que son installation était de nature à représenter un danger de concurrence pour des points de vente géographiquement proches* »[956]. De la sorte, la Cour conclut que « par ces considérations, la Cour d'appel n'a pas méconnu le principe général du droit [de l'interdiction de l'abus de droit] ni violé les dispositions indiqués dans cette branche du moyen »[957].

Dans cet ordre d'idées, P. Van Ommeslaghe rappelle « [qu'on] peut considérer comme conformes aux principes relatifs à l'abus de droit les décisions qui sanctionnent un refus de

---

[951] Mons, 7 janvier 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15037.
[952] *Ibidem*.
[953] *Ibidem*.
[954] Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049, *R.C.J.B.*, 1995, p. 50. Voy. dans un sens similaires : Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1394 ; Cass., 18 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 621. Toutefois, ces deux décisions ont la particularité de traiter d'un refus abusif de contracter émis dans le cadre d'un abus de position dominante et d'une pratique concertée, c'est-à-dire une entente anticoncurrentielle. De la sorte, il nous semble que ces arrêts entrent dans le champ d'application des règles du droit de la concurrence, dont l'article IV.2/1 du Code de droit économique qui interdit l'exploitation abusive d'une position de dépendance économique.
[955] Voy. dans le même sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 588, n° 366.
[956] Nous soulignons. Voy. Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049, spéc. p. 1052.
[957] *Ibidem*.

vente inspiré par l'intention d'éliminer un opérateur économique du marché. Il s'agit alors de *l'intention de nuire*, caractéristique de l'abus de droit. Rappelons qu'il doit s'agir d'une *intention exclusive*. S'il ne s'agit pas d'une intention exclusive ou s'il s'agit d'un effet, et non de l'objectif du refus de vente, cette situation ne peut être appréciée sous l'angle de l'abus de droit, mais l'être par application du régime de la concurrence économique, c'est-à-dire sous l'angle de l'abus de position dominante, soit sous l'angle d'un accord ou de pratiques concertées entre plusieurs entreprises. À défaut, le comportement ne peut être critiqué »[958].

§5. – Conclusion intermédiaire

152. Obligations de contracter et de ne pas contracter. – Le législateur a multiplié les obligations de contracter et de ne pas contracter en droit belge : ainsi en est-il dans le secteur des transports, des télécommunications ou de l'accès au gaz et à l'électricité (*supra*, n° 119).

Les contrats *intuitu personae* ne font pas exception à cette tendance. En effet, selon une opinion classique, la convention de compte s'avère conclue en considération de la personne du client : il n'existe donc pas de droit au compte et la banque peut toujours refuser de contracter sans avoir à se justifier. Toutefois, à l'heure actuelle, l'article VII.57, §2, du Code de droit économique consacre une obligation de contracter dans le cadre du service bancaire de base ; l'accès au service financier s'affirme alors comme un droit fondamental qu'il faut garantir à chaque citoyen. La loi énonce d'ailleurs une liste limitative de motifs de refus, de sorte que le banquier ne peut pas se fonder sur l'*intuitus personae* afin d'y échapper (*supra*, n^os^ 123-124).

Le législateur apporte également des restrictions à la liberté contractuelle par des obligations de ne pas contracter. Ces dernières apparaissent notamment dans les conventions de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire. Par exemple, l'article VII.77, §2, du Code de droit économique impose à la banque de ne pas contracter un crédit à la consommation s'il apparait que le consommateur ne pourra pas tenir ses engagements ; de même, selon cette disposition, il existe une interdiction absolue de contracter quand la Centrale des crédits à la consommation révèle des impayés de crédit supérieurs à 1000 euros (*supra*, n^os^ 125-126).

153. Effets des lois antidiscrimination entre particuliers. – Les lois assurant la protection de l'égalité et de la non-discrimination entre les particuliers ont connu une évolution importante en droit belge. Dans ce cadre, les lois antidiscrimination du 10 mai 2007 garantissent le respect de ces principes par l'interdiction des distinctions directes et indirectes (*supra*, n^os^ 128-129).

Pour certains auteurs, il apparait que le caractère *intuitu personae* du contrat réduit considérablement la portée de ces lois antidiscrimination. Cependant, de leur côté, les cours et tribunaux considèrent que la nature particulière de ces conventions ne permet pas à l'auteur d'une discrimination d'échapper à l'application de ces législations. Dans cette logique, la nature *intuitu personae* du contrat ne nous parait pas conférer *in abstracto* une plus ample marge d'appréciation à l'auteur d'une distinction pour renverser la présomption de discrimination qui pèse sur ces épaules : cette question se résout *in concreto* à l'examen de la légitimité, de la pertinence et de la proportionnalité du motif de justification avancé (*supra*, n° 131).

Cette idée nous semble se vérifier à l'examen de la justification des distinctions directes fondées sur la fortune, l'âge et le sexe qui prennent place dans les contrats de crédit et de travail.

---

[958] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 588, n° 366.

Dans le même sens, la comparaison de ces solutions avec celles retenues dans le domaine du bail montre que la manière de justifier une discrimination ne varie pas fondamentalement entre un contrat *intuitu personae* et un autre dépourvu de ce caractère (*supra,* n^{os} 133-135).

154. Effets des restrictions verticales de concurrence entre opérateurs économiques. – Les droits européen et belge de la concurrence apportent certaines limitations à la liberté de choisir son cocontractant *intuitu personae* : l'interdiction des restrictions verticales de concurrence l'illustre à propos de la sélection du distributeur commercial (*supra,* n^{os} 139-141).

Le droit de la concurrence observe d'abord une neutralité de principe sur cette question. En effet, selon d'aucuns, il apparait que le fournisseur doit jouir d'une large marge d'appréciation afin de déterminer si un candidat distributeur dispose des qualités nécessaires au maintien de la réputation de son réseau. De ce fait, un mécanisme d'exemption automatique par catégorie permet à de nombreux fournisseurs exclusifs ou sélectifs de choisir librement les membres de leur réseau en dépit d'atteintes potentielles à la concurrence (*supra,* n° 140).

Toutefois, à la réflexion, cette neutralité de principe ne s'observe pas pour tout accord vertical. Il s'agit du cas de la distribution sélective purement qualitative. Cette dernière échappe effectivement à l'article 101, §1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article IV.1, §1er, du Code de droit économique lorsqu'il apparait que la sélection des distributeurs se fonde sur des critères objectifs et appliqués de façon uniforme. Selon nous, ces conditions placent la liberté contractuelle du titulaire du réseau sous surveillance : il doit énoncer pourquoi le candidat ne répond pas aux critères qu'il a fixés ; lorsqu'il refuse de contracter avec un candidat qui satisfait à ses critères, le fournisseur doit pouvoir motiver son refus et démontrer l'existence d'une raison objective dans son chef. La présence de l'*intuitus personae* restreint alors sa liberté contractuelle par rapport au droit commun (*supra,* n° 141).

155. Contrôle de la liberté contractuelle par l'interdiction de l'abus de droit. – L'interdiction de l'abus de droit constitue un principe général du droit qui confère un pouvoir modérateur aux cours et tribunaux : il leur permet de sanctionner l'exercice d'un droit qui excède manifestement l'usage qu'en ferait une personne prudente et diligente (*supra,* n° 144).

L'application de l'interdiction de l'abus de droit à la liberté de contracter et de ne pas contracter pose question pour deux raisons. *Primo,* selon certains, ce principe général s'applique aux droits subjectifs et non aux libertés. S'agissant de la liberté de ne pas contracter, la Cour de cassation a rejeté cette opinion dans son arrêt du 7 octobre 2011 (*supra,* n° 146). *Secundo*, dans le domaine économique, une partie de la doctrine a plaidé pour l'autonomie du droit de la concurrence : aussi tout refus de contracter conforme aux règles de la concurrence ne peut-il être sanctionné sur la base de l'interdiction de l'abus de droit. La Cour de cassation a partiellement consacré cette opinion par un arrêt du 7 janvier 2000 (*supra,* n° 148).

Dans cette perspective, il nous semble que rien ne s'oppose à ce que les cours et tribunaux puissent contrôler le choix du cocontractant *intuitu personae*. La multiplication des restrictions à la liberté contractuelle permet aux juridictions de délimiter le cadre dans lequel le titulaire de cette prérogative doit l'exercer. En outre, la figure de l'*intuitus personae* a également évolué de la subjectivité vers l'objectivité : les magistrats disposent toujours, en principe, d'un minimum d'éléments objectifs qui leur permet de contrôler le choix du cocontractant à la source de la considération de la personne. Certains juges ont notamment sanctionné l'usage excessif de la liberté de ne pas contracter sur la base des critères de l'absence d'intérêt, de la

proportionnalité et de l'intention de nuire. Partant, en pratique, l'*intuitus personae* ne confère normalement pas à son titulaire le droit de choisir discrétionnairement le cocontractant ; il lui octroie tout au plus une liberté quasi-discrétionnaire dans certains cas (*supra*, n^{os} 149-151).

Conclusion du chapitre

156. Liberté de choisir le cocontractant *intuitu personae* classiquement considérée comme discrétionnaire. – Selon une partie de la doctrine, le titulaire de l'*intuitus personae* jouit d'une liberté discrétionnaire afin de choisir son cocontractant. Partant, ce caractère renforce la marge d'appréciation dont cette personne bénéficie pour sélectionner son partenaire.

Les conséquences de cette théorie se manifestent à deux niveaux. Certains auteurs pensent d'abord que le titulaire de l'*intuitus personae* ne doit jamais motiver son refus de contracter : il peut refuser d'entrer en relation contractuelle pour le simple fait que le candidat au contrat ne lui plait pas ; de même, dans cette logique, nul ne peut contrôler sa décision. Ces idées s'observent dans le droit du crédit et de la distribution commerciale (*supra*, n° 114).

Dans certaines situations, l'*intuitus personae* peut renforcer la liberté dont jouit son titulaire afin de choisir son cocontractant. Tel est le cas quand le contrat projeté implique un haut degré de confiance ou d'affection entre les parties. Toutefois, cette idée peut être affinée sous deux aspects. *Primo*, les contrats conclus en considération de la personne n'échappent pas aux législations impératives ou d'ordre public qui encadrent la liberté contractuelle : ainsi en est-il des obligations de contracter ou de ne pas contracter, des lois interdisant la discrimination et de la réglementation prohibant les restrictions verticales entre opérateurs économiques. *Secundo*, selon la Cour de cassation, le principe général de l'interdiction de l'abus de droit s'applique à la liberté contractuelle. Certains pensent alors, à juste titre, que l'évolution progressive de l'*intuitus personae* d'une notion subjective à un concept teinté d'objectivité rend son contrôle possible par les juridictions sur la base de ce principe général (*supra*, n° 115).

En conclusion, nous pensons qu'il convient d'appréhender *in concreto* les effets de l'*intuitus personae* dans le domaine de la liberté contractuelle. Cette affirmation signifie que son importance varie en fonction de la nature qu'il revêt dans chaque espèce et en fonction des dispositions légales qui restreignent la liberté contractuelle. Dans cette logique, la marge d'appréciation dont jouit le bénéficiaire de l'*intuitus personae*, afin de sélectionner son cocontractant, oscille entre liberté surveillée et liberté quasi-discrétionnaire (*supra*, n° 116).

157. Amélioration de la compréhension des effets de l'*intuitus personae* au sein de la liberté contractuelle : entre liberté surveillée et quasi-discrétionnaire de choix. – Le législateur a apporté d'importantes restrictions à la liberté contractuelle au cours des dernières décennies. Ces limitations s'appliquent donc, en principe, aux conventions *intuitu personae*.

Dans cette perspective, il arrive d'abord que des obligations de contracter et de ne pas contracter limitent la liberté de choix du cocontractant. La matière bancaire illustre ce propos : s'il est admis que la convention de compte comporte l'*intuitus personae*, l'article VII.57, §2, du Code de droit économique oblige la banque à contracter avec tout client qui ferait la demande d'un service bancaire de base. En outre, s'agissant des crédits à la consommation et hypothécaires, le Code de droit économique prévoit aussi certaines obligations de ne pas contracter avec les consommateurs qui ne pourront pas tenir leurs engagements (*supra*, n° 152).

Les trois lois antidiscrimination du 10 mai 2007 restreignent également la liberté contractuelle des particuliers. En effet, ces législations protègent une série de qualités, sur la base desquelles une personne ne peut pas discriminer sans alléguer une raison légitime, pertinente et proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit. Dans ce contexte, il faut admettre que

l'*intuitus personae* ne permet pas d'échapper à ces lois. Ce caractère ne permet d'ailleurs pas à son titulaire de bénéficier *in abstracto* d'une marge d'appréciation plus ample afin de renverser la présomption de discrimination qui pèse sur ces épaules : il doit toujours montrer *in concreto* qu'il poursuit un objectif légitime, pertinent et proportionné (*supra*, n° 153).

De surcroit, il apparait que les droits européen et belge de la concurrence apportent certaines limitations à la liberté de contracter des opérateurs économiques. Le régime des restrictions verticales de concurrence en témoigne au sujet de la distribution commerciale. En effet, selon plusieurs arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne, un accord de distribution sélective purement qualitative échappe aux règles de concurrence lorsque la sélection des distributeurs se fonde sur des critères objectifs et appliqués de façon uniforme. Ces conditions supposent que le fournisseur motive son refus de contracter : ainsi doit-il énoncer au candidat-distributeur pourquoi il ne répond pas aux critères ou pourquoi, le cas échéant, il refuse objectivement de contracter alors qu'il y satisfait. Dans ce cas, l'objectivité des critères place la liberté contractuelle du fournisseur sous surveillance (*supra*, n° 154).

En définitive, le principe général prohibant l'abus de droit constitue la dernière restriction à la liberté contractuelle. Selon d'aucuns, rien ne s'oppose à ce que les cours et tribunaux exercent leur pouvoir modérateur sur la liberté de contracter du titulaire de l'*intuitus personae*. Cette notion évolue vers l'objectivité et elle se fonde ainsi presque toujours sur certains éléments objectifs qui en permettent le contrôle. De ce fait, les juridictions ont parfois sanctionné le refus de contracter qui ne reposait sur aucun intérêt ou qui s'avérait disproportionné ; de même, dans d'autres affaires, les juges ont condamné le refus fait avec l'intention exclusive de nuire. L'*intuitus personae* ne confère donc pas une liberté de contracter totale, mais tout au plus quasi-discrétionnaire, à son titulaire dans certains cas (*supra*, n° 155).

Conclusion du titre I

158. Bases de l'approche concrète, des variations de structure et de nature de l'*intuitus personae*. – Dans le présent titre, il est apparu que l'*intuitus personae* ne doit pas faire l'objet d'une approche trop axée sur la nature de la convention : cette notion se conçoit, à l'inverse, à la lumière des circonstances de la cause. Nous rappellerons d'abord les axes d'amélioration de l'approche conceptuelle et, de la sorte, les outils à la base de la conception concrète (**§1er**). Ensuite, nous verrons que la structure (**§2**) et la nature (**§3**) de ce concept varient en pratique.

§1er. – Réflexions sur l'approche conceptuelle de la formation du contrat intuitu personae

159. Synthèse des axes d'amélioration de l'approche conceptuelle. – La doctrine pense classiquement que la nature des contrats *intuitu personae* justifie qu'ils comportent des effets particuliers[959] : il faut présumer le caractère déterminant de la méprise qui porte sur la partie justifiant ce caractère (*supra*, n° 63) ; de même, selon d'aucuns, une réserve d'agrément tacite assortit toujours l'offre faite en considération de la personne (*supra*, n° 101) ; enfin, le titulaire de ce caractère bénéficie de la liberté discrétionnaire de choix de l'autre partie (*supra*, n° 156).

Ces effets s'observent parfois en pratique. Toutefois, à l'inverse, une partie de la doctrine française soutient qu'il s'agit là d'une approche parfois *imprécise*.

S'agissant de l'erreur sur la personne, J. Ghestin a notamment écrit que « [l'on] a coutume de dire, en effet, que l'erreur sur la personne n'est cause de nullité que dans les contrats conclus *intuitu personae*. On fait ainsi appel à une notion dont la portée dépasse les limites de la théorie de l'erreur […] Toutes ces observations sont intéressantes. Elles ont cependant l'inconvénient de conduire à formuler de *façon abstraite* et, du même coup, *partiellement inexacte,* le véritable problème »[960]. Cet auteur ajoute ainsi que « L'influence déterminante exercée sur le consentement par l'identité ou la qualité de l'autre partie est une question de pur fait qui doit être résolue selon les circonstances propres à l'espèce »[961] (*supra*, n° 33).

M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ont également nuancé le raisonnement de la Cour de cassation française, selon lequel une réserve d'agrément tacite assortissait toute offre qui reposerait sur l'*intuitus personae*. En effet, à suivre ces auteurs, « Ce raisonnement qui a directement motivé la solution donnée par la Cour de cassation, s'il paraît sans faille, est peut-être d'une *logique trop abstraite*. Il semble qu'il ne tienne pas compte d'une tendance qui a été

---

[959] Voy. en droit belge : W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 62-63 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, nos 70-71 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 91-94, nos 68-69 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 26-27, n° 33 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 187, n° 154 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431, n° 460*bis*.

[960] Nous soulignons. Voy. à cet égard : J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 237, n° 199.

[961] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 962, n° 1185.

finement mise en lumière, tendance qui veut que les effets de l'*intuitus personae* "se nuancent pour satisfaire sans cesse davantage les besoins de la pratique" »[962] (*supra*, n° 76).

Enfin, certains auteurs ont proposé d'affiner le principe selon lequel le titulaire de l'*intuitus personae* peut choisir son cocontractant de façon discrétionnaire. Il faut effectivement tenir compte de l'évolution de cette notion et des variations qui l'affectent : selon M. Nicolle, « le caractère objectif de l'*intuitus personae* rend possible son contrôle. Certes, le degré de contrôle doit varier en fonction de la nature des qualités prises en compte. Si ces qualités sont subjectives (réputation, loyauté, etc.), le contrôle ne peut que s'exercer *a minima*. Il ne peut s'agir que d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En revanche, lorsque les qualités sont objectives (situation patrimoniale, diplômes, etc.), on conçoit que le contrôle soit plus étendu. Il peut s'agir d'un abus au-delà de l'erreur manifeste d'appréciation »[963] (*supra*, n° 113).

160. Synthèse des outils interprétatifs à la base de l'approche concrète. – Selon nous, afin de statuer sur le caractère déterminant des qualités des parties, il faut raisonner *in concreto* au premier chef au départ des clauses du contrat, de l'objet concret de leurs obligations et de la finalité qu'elles poursuivent. Cependant, une approche objective ne disparait pas totalement : la référence à la nature abstraite d'une prestation, à la loi, à un principe de bonne conduite ou aux usages permet parfois de présumer ce caractère déterminant (*supra*, n[os] 64 et 102).

1° La référence à la *volonté des parties* constitue ainsi la base du raisonnement.

Une clause peut expressément énoncer que « le contrat est conclu en considération de la personne d'une des parties à la convention »[964]. Pour les qualités d'une partie, il arrive qu'une stipulation prescrive que « La partie X. conclut le présent contrat avec Y. sur la base de la confiance qu'elle a en sa capacité, en son implication et son honorabilité »[965] (*supra*, n° 48).

Par ailleurs, une partie peut ériger tacitement la personne ou les qualités de son cocontractant en élément déterminant de son consentement[966]. Il s'agit du cas lorsque des documents précontractuels témoignent du fait, par exemple, qu'un cocontractant s'est renseigné sur une des qualités de son partenaire et qu'il n'aurait pas contracté sans elle[967] (*supra*, n° 49).

2° La référence à la *formulation concrète de l'objet* des obligations d'une partie s'avère aussi essentielle pour déterminer les qualités prises en considération par l'autre.

Il est vrai que les particularités de l'objet des obligations d'une partie peuvent révéler les qualités *in concreto* indispensables à leur bonne exécution et qui représentent donc implicitement un élément déterminant aux yeux de son cocontractant. Par exemple, la solvabilité d'un acheteur peut constituer une qualité déterminante du consentement du vendeur

---

[962] Nous soulignons. Voy. à ce propos : M. CABRILLAC et J.-M. RIVES-LANGE, obs. sous Cass. fr. com. 31 janvier 1966, *D.*, 1966, p. 538.

[963] M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22.

[964] Voy. not. pour d'autres exemples : K. ANDRIES, « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 345.

[965] Voy. pour d'autres exemples : P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3[e] éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, pp. 457-457, n[os] 1185-1187 ; J. CALVO, « Les clauses d'*intuitus personae* dans les contrats commerciaux », *L.P.A.*, 5 juillet 1996, n° 81, p. 10, n° 1.1.1.

[966] Cass. fr. com., 1[er] octobre 2002, *J.C.P.*, G, 2003, I, 124, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

[967] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

compte tenu de l'importance du prix de la chose vendue[968] ; la solvabilité d'un candidat-locataire constitue fréquemment une qualité déterminant pour le propriétaire, puisqu'un loyer représente une charge importante pour la plupart des locataires[969] (*supra*, n^{os} 50 et 88).

Dans le même sens, l'examen de l'objet concret des obligations d'une partie permet de préciser exactement les qualités que l'autre avait – ou non – en vue lors de la conclusion d'un contrat *intuitu persona*e par nature : ainsi M. Jamoulle a-t-elle écrit, au sujet du contrat de travail, « [qu'il] faut cependant admettre qu'à l'égard de certains contrats conclus avec une main-d'œuvre non qualifiée, salariés quasi interchangeables, [l'*intuitus personae*] est proche d'une fiction juridique »[970]. Les qualifications d'un ouvrier ne s'avèrent pas essentielles lorsque sa fonction se limite à charger et à décharger des wagons (*supra*, n^{os} 50 et 87).

3° La référence complémentaire à la *finalité contractuelle* permet de préciser les contours de l'objet d'une obligation et donc de déterminer si une partie possède les qualités qui garantissent sa bonne exécution. Par exemple, les banques accordent régulièrement des crédits à des professionnels dans des secteurs qu'elles ne connaissent pas dans le détail. Lorsqu'elles octroient un financement, elles prennent donc les qualités techniques, l'expérience et même la réputation du candidat-emprunteur en considération afin de déterminer s'il pourra atteindre son objectif, c'est-à-dire réaliser le projet pour lequel il sollicite un crédit (*supra*, n^{os} 51 et 86)[971].

4° En définitive, la référence à la *nature abstraite de certaines prestations*, à la *loi*, à un *principe de bonne conduite* et aux *usages* permet de présumer le caractère déterminant d'une partie. C'est dans cette perspective qu'une convention apparait *intuitu personae* par nature.

Dans certaines situations, le corps d'un cocontractant constitue par définition l'objet de ses obligations contractuelles. Une présomption d'*intuitus personae* s'envisage alors, puisqu'il apparait objectivement impossible d'exécuter, en toute hypothèse, la prestation qui incombe à cette partie sans elle ou sans l'une de ses qualités. Cette idée se vérifie pour les contrats qui portent sur l'image ou la personne d'un mannequin, d'un acteur ou d'un chanteur[972]. Dans le sillage de ce constat, il apparait aussi que certaines prestations supposent toujours la présence d'une qualité afin de pouvoir être correctement exécutées : ainsi l'impartialité d'un arbitre semble-t-elle objectivement déterminante du consentement des litigants[973] (*supra*, n° 52).

La loi ou un principe de bonne conduite oblige parfois une partie à avoir égard à une qualité de son cocontractant lors de la conclusion du contrat. S'agissant des crédits à la consommation et hypothécaires, les articles VII.77, §1er, et VII.133, §1er, du Code de droit économique imposent au prêteur ou à l'intermédiaire de crédit d'évaluer rigoureusement la solvabilité du consommateur avant la conclusion de la convention. En outre, en dehors de ces

---

[968] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN.
[969] Mons, 16 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 498.
[970] M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, p. 30, n° 10.
[971] Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 32 ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 38-42.
[972] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553 ; M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, p. 175, n° 286 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 126-127, n^{os} 129-130. Voy. pour un exemple lors de la conclusion d'un contrat de mannequinat : Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697.
[973] Cass., 2^{e} civ., *D.*, 1974, inf. rap., p. 109, *J.C.P.*, 1974, IV, p. 123 ; Cass. fr. 2^{e} civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.

dispositions particulières, les juridictions estiment que l'établissement de crédit a l'obligation de se renseigner activement sur la solvabilité du candidat-emprunteur ; la banque ne peut se limiter à avoir égard aux garanties apportées par le demandeur[974] (*supra*, n[os] 52 et 86).

§2. – Bases des variations de structure de l'intuitus personae

161. *Intuitus personae* dans le contrat et dans la personne d'un tiers à la convention. – Selon une conception classique, la figure de l'*intuitus personae* s'appréhende à l'échelle du contrat. À notre sens, même si ce point de vue comporte une part d'intérêt, il faut cependant l'affiner : la considération de la personne peut avoir un caractère unilatéral ou bilatéral dans un contrat ; ce caractère peut également résider dans le chef d'un tiers à la convention. La structure de l'*intuitus personae* varie donc, dans une large mesure, en fonction des circonstances.

162. *Intuitus personae* dans le chef d'un cocontractant : caractère unilatéral ou bilatéral. – En pratique, il arrive que la structure de l'*intuitus personae* varie au sein d'une convention, même pour celles qui le comportent en raison de leur nature (*supra*, n° 33).

Tout d'abord, dans maintes circonstances, la considération de la personne présente un caractère *unilatéral* : elle vise dès lors un seul des cocontractants. Par exemple, le *débiteur* d'une obligation peut colorer ses obligations de ce caractère dans le contrat de mandat (mandataire)[975], dans le contrat de bail à ferme (preneur)[976], dans le contrat de donation (donataire)[977], dans le contrat de travail (travailleur)[978], dans le contrat médical (médecin)[979], dans le contrat d'avocat (avocat)[980], dans le contrat d'architecte (architecte)[981], dans le contrat de franchise (franchisé)[982], dans le contrat de concession de vente (concessionnaire)[983], dans le contrat de *leasing* (*lessee*)[984] ou dans le contrat de maintenance informatique (prestataire)[985].

Rien ne s'oppose également à ce que la personne d'un des cocontractants justifie le caractère *intuitu personae* des droits dont elle jouit. Dans cette logique, la considération de la

---

[974] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.

[975] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 71-72, n° 16.

[976] E. BEGIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « *R.P.D.B.* », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19-20, n[os] 36-42 ; P. RENIER, *Le bail à ferme*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 174, n° 2.

[977] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII-I, 2e éd., 1962, pp. 53-54, n° 28*bis*.

[978] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 177, n° 205 et p. 861, n° 1191.

[979] Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *T. Gez.*, 2011-2012, p. 307, note C.-L. ; Comm. Bruxelles, 18 janvier 2007, *T. Gez.*, 2009-2010, p. 293, note C.-B.

[980] P. ROBIN, « L'exécution du contrat d'avocat », in *Le cabinet d'avocat à la rencontre du client*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 52-53.

[981] B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 76-81, n[os] 48-53.

[982] S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 50, n° 54 ; O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 82-83.

[983] M. WAGEMANS, *Concession de vente*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 21-22, n° 18. Voy. dans un sens similaire, tout en insistant à juste titre sur la nécessité d'apprécier *in concreto* l'*intuitus personae* : P. KILESTE, C. STAUDT, A. DEJOLLIER et G.G. UMUVYEVI, « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019, pp. 361-362, n[os] 49-50.

[984] Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.

[985] E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », in *Rép. not.*, t. IX, L. 9, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 120-121, n° 70.

personne peut donc résider dans le chef du *créancier*. Il en va ainsi dans certains contrats de commodat (emprunteur)[986], dans certains contrats bancaires tels que l'ouverture de crédit (crédité)[987], dans le contrat de licence (licencié)[988], dans le contrat d'assurance-vie, d'assurance de responsabilité professionnelle ou encore d'assurance-crédit (preneur d'assurance)[989].

Enfin, l'*intuitus personae* peut avoir un caractère *bilatéral* dans d'autres situations. Cette idée s'observe en général lorsqu'il existe une forte relation de confiance ou d'affection entre les cocontractants. Par exemple, tel est le cas pour la plupart des baux à nourriture[990], pour le contrat de société simple[991], pour le contrat de *joint-venture* ou de consortium[992], pour certains contrats d'édition[993], pour certains contrats d'avocats[994], pour certains contrats d'*outsourcing*[995], pour certains contrats de travail fondés sur une collaboration étroite[996], pour certains contrats de distribution commerciale requérant aussi une collaboration étroite[997] ou pour la plupart des contrats passés entre un peintre et un marchand ou une galerie d'art[998].

163. *Intuitus personae* dans le chef d'un tiers au contrat : application de ce principe aux conventions souscrites par les personnes morales. – Dans les faits, l'*intuitus personae* peut dépasser le cadre du contrat : il vise parfois la personne d'un *tiers* à la convention. Ce constat apporte un nouvel axe d'amélioration à l'approche conceptuelle de cette figure juridique.

1° Plusieurs exemples illustrent ces principes.

Dans le cadre du contrat de cautionnement, cette situation se rencontre lorsque la caution invoque une erreur sur la solvabilité du débiteur principal afin d'obtenir la nullité de la garantie qu'elle a conclue avec le créancier[999]. Dans le même sens, la Cour de cassation française a

---

[986] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119.

[987] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164, n° 16, spéc. note 169.

[988] B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 336, n° 418, spéc. note 1031 ; Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 15-17, nos 19-20.

[989] Voy. not. : M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482.

[990] A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 308-309, n° 436.

[991] F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, p. 949, n° 18.

[992] K. ANDRIES, « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 339. Voy. en droit français : Ch.-H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 25 et suivantes.

[993] Voy. en droit belge, à cet égard, lorsque l'auteur n'a pas encore achevé son œuvre : F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 346-347, n° 430.

[994] J.P. Zottegem-Herzele, 6 mai 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1450 ; Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 213.

[995] C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 137-146, nos 224-244.

[996] W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 712.

[997] Voy. not. dans le cadre de la distribution sélective de produits de luxe comme la haute horlogerie : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 73-75, nos 77-78.

[998] F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123, point n° I.A.1°.

[999] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149. Voy. dans un sens similaire sur la qualité de commerçant du débiteur principal : Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET.

admis cette méprise au sujet d'un contrat d'arbitrage pour cause d'erreur sur l'impartialité et sur l'indépendance d'un arbitre[1000]. Enfin, les juridictions belges ont consacré cette idée dans le cadre des assurances : un gestionnaire de fonds peut représenter l'élément déterminant d'une convention, bien qu'il reste tiers par rapport au contrat conclu entre l'assureur et l'assuré, quand l'assurance couvre le risque de détournement qu'il pourrait commettre[1001] (*supra*, n° 45).

Il nous semble important d'ajouter que l'*intuitus personae* porte souvent sur la personne d'un tiers dans les contrats conclus avec les personnes morales[1002]. Dans ce cas de figure, ce caractère peut effectivement résider dans le chef de l'actionnaire de référence, du dirigeant effectif de la société ou dans le chef d'un agent d'exécution de celle-ci tel qu'un employé[1003]. Même si ces personnes s'avèrent tierces par rapport au contrat passé par la personne morale, leur décès ou leur remplacement peut avoir un effet sur les droits et les obligations qu'elle a souscrits[1004]. Au sujet d'une société distributrice membre d'un réseau sélectif, L. du Jardin écrit que « Le caractère *intuitu personae* du contrat sélectif suggère que, nonobstant l'effet relatif des conventions et le fait que l'actionnaire de contrôle et le dirigeant ne sont normalement *pas* partie au contrat de distribution, les droits et les obligations qu'il fait naître sont liés à ces derniers. Un changement de personne modifie presque toujours les conditions de l'agréation en amont du contrat. Le changement suppose alors une nouvelle agréation, un nouvel audit, et aussi (parce qu'il n'y a pas de droit à l'agréation) un nouvel accord du fournisseur »[1005].

2° Dans cet ordre d'idées, sauf en présence d'une clause contractuelle ou d'un usage prévu en ce sens, il faut se référer aux circonstances de la cause afin de déterminer si le tiers constitue un élément déterminant du consentement du cocontractant de la personne morale.

Une décision du Tribunal de première instance de Bruxelles du 29 novembre 2013 illustre ces propos[1006]. Une société d'architecte – « DB&M » – devait rénover un ancien bâtiment d'église. En l'espèce, la juridiction a décidé que la personne de l'architecte – M. De Bruyn – justifiait le caractère *intuitu personae* du contrat souscrit par sa société. Elle a fondé sa décision sur le fait que « *de overeenkomst betrekking had op activiteiten die moesten worden uitgevoerd door een architect en de heer De Bruyn in DB&M als enige in aanmerking kwam om deze activiteiten uit te voeren* »[1007] ; de même, selon elle, « *Precies met DB&M was gecontracteerd opdat de opdracht zou kunnen uitgevoerd worden door de heer De Bruyn, die*

[1000] Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.
[1001] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.
[1002] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 35 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 93, n° 68. Voy. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 22.
[1003] Voy. not. à titre d'exemples : Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1975 ; Mons, 29 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 161 ; Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.
[1004] Les clauses de changement de contrôle organisent les effets de l'*intuitus personae* qui porte sur la personne d'un tiers au contrat conclu par la personne morale. Voy. not. sur ces clauses : P. BLANCHARD, « Les clauses de changement de contrôle, instrument de stabilisation et de sauvegarde », *R.D.A.I.*, 2006, pp. 159-196 ; H. DUBOUT, « Les clauses de changement de contrôle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, coll. « Feduci », Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 323-347 ; D. MAINGUY, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés*, 1996, pp. 17-35 ; J. PAILLUSEAU, « La cession de contrôle », *J.C.P.*, G, 1986, I, 3324.
[1005] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 74, n° 77.
[1006] Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *R&J*, 2015, p. 7.
[1007] *Ibidem*, spéc. p. 9.

een specialist was inzake restauraties van beschermde monumenten »[1008]. En définitive, le Tribunal a conclu à la dissolution de la convention au décès de l'architecte.

En outre, lors d'un arrêt du 29 octobre 2013, la Cour d'appel de Mons a rappelé que « Le caractère *intuitu personae* est applicable aux personnes physiques comme aux personnes morales. Lorsque la partie contractante est une personne morale, le caractère personnel prend généralement en compte l'actionnaire de référence et la personne qui a la gestion effective de la société »[1009]. Cependant, à propos d'une convention de courtage, la Cour constate « [qu'il] convient de relever que ni la convention initiale de gestion de portefeuille du 16 janvier 2007, ni la convention de renouvellement du 24 avril 2009 ne font état du caractère *intuitu personae* du contrat de courtage à l'égard d'*Alain* et d'*Omer* et ne désigne pas ces personnes comme étant déterminantes du consentement de la S.A. S. »[1010]. De la sorte, à défaut d'autres circonstances pertinentes, la Cour conclut que « Le caractère *intuitu personae* ne peut être déduit de la seule signature du contrat par *Alain* et *Omer*, agissant en qualité de mandataire de la S.A. G. »[1011].

§3. – Bases des variations de nature de l'intuitus personae

164. Évolution de la notion de l'*intuitus personae*. – Selon la conception classique, l'*intuitus personae* suppose une relation de confiance ou d'affection entre les parties (*supra*, n° 113). Si cette opinion présente une large part de vérité, les chapitres dédiés à la réserve d'agrément et à liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* ont montré que ce caractère pouvait reposer sur des considérations plus objectives. Les fondements de cette notion, c'est-à-dire sa nature, varient *in concreto* en fonction des circonstances (*supra*, n^{os} 92 et 157).

165. *Intuitus personae* fondé sur la confiance et l'affection. – La confiance et l'affection constituent les premiers fondements de l'*intuitus personae* : un contrat comporte ce caractère « parce que c'était lui, parce que c'était moi »[1012]. Pour F. Valleur, « la notion de l'intuitus personae peut recouvrir deux idées – tantôt derrière ce vocable apparaît une idée d'affection, d'amitié. Tantôt l'intuitus personae prend sa source dans une idée de confiance »[1013].

Dans ce cadre, s'il nous semble que la notion d'affection ne pose pas de difficultés particulières, encore faut-il s'entendre sur ce que représente la confiance. En droit belge, il revient à C. Delforge d'avoir développé les différentes acceptions de ce sentiment[1014].

La confiance revêt d'abord une acception *promissoire*. Ce sentiment renvoie alors au respect de la parole donnée par le cocontractant (*contractual trust*)[1015]. Cette confiance ne

---

[1008] *Ibidem*.
[1009] Mons, 29 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 161.
[1010] *Ibidem*, spéc. p. 163.
[1011] *Ibidem*.
[1012] MONTAIGNE, *Essais*, I, Ch. 28, *De l'amitié*.
[1013] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 33-34, n° 15.
[1014] C. DELFORGE, « Le contrat à long terme », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. DELFORGE (éd.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 18-29, n^{os} 11-16 ; C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, pp. 255-298, n^{os} 279-329. Voy. également en droit français : G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (éds.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 97-107.
[1015] C. DELFORGE, « Le contrat à long terme », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. DELFORGE (éd.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 22, n° 14 ; C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, p. 266, n° 295.

concerne pas l'*intuitus personae* : le droit belge l'appréhende effectivement par le principe de la confiance légitime ou par le principe général de l'interdiction de l'abus de droit. Ainsi le critère spécifique de la *rechtsverwerking* interdit-il à une partie de tromper la confiance de l'autre en exerçant un droit de manière objectivement inconciliable avec son usage normal[1016].

Il existe également la confiance *opérationnelle* qui renvoie aux attentes d'une partie « en termes de respect de la qualité d'exécution »[1017] (*competence trust*). Cette confiance implique l'idée de garantie de l'exécution[1018] : un cocontractant entre en relation contractuelle avec une personne, parce qu'il croit qu'elle présente les qualités requises afin de remplir ses obligations[1019]. Les cours et tribunaux ont déjà fait appel à cette forme de confiance dans le domaine de l'exécution en nature[1020]. Lors d'un arrêt du 3 février 2004, le Tribunal de commerce de Mons a ainsi décidé que « L'exécution (lorsque l'obligation n'est pas exécutée) ou la réparation (lorsqu'elle est mal exécutée) en nature est en principe un droit pour le débiteur et un devoir pour le créancier. Toutefois, elle peut être écartée lorsque le maître de l'ouvrage a perdu, pour des raisons valables, toute confiance dans les compétences de l'entrepreneur »[1021].

En définitive, selon les écrits de C. Delforge, la confiance *relationnelle* correspond aux « attentes en termes de loyauté et de non-opportunisme, soit l'idée que chaque cocontractant prendra en compte l'intérêt de l'autre »[1022] (*goodwill trust*). Cette confiance peut servir de support à la relation contractuelle[1023]. Certaines clauses le confirment en pratique[1024]. Par exemple, un contrat peut énoncer que « Les deux parties s'accordent sur le fait que le contrat a comme fondement la fidélité et la confiance. Toutes discordances qui apparaîtraient seront réglées à l'amiable, par arbitrage à l'exclusion de toutes voies de droit »[1025]. En outre, dans le même sens, cette sorte de confiance constitue la base de la relation contractuelle lorsqu'un cocontractant exige de l'autre une moralité ou une honorabilité particulière (*supra*, n[os] 86-88).

166. Évolution de l'*intuitus personae* vers l'objectivité. – Pour une partie de la doctrine, l'*intuitus personae* peut reposer sur des fondements détachés de subjectivité[1026]. Cette tendance

---

[1016] Voy. not. sur la théorie de la confiance légitime en droit belge : S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2007, pp. 47-98. Voy. not. sur la *rechtsverwerking* en droit privé : P. BAZIER, « La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 166-198.

[1017] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, p. 256, n° 279.

[1018] A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 111, n° 75.

[1019] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 254-255, n° 97, B.

[1020] Liège, 22 octobre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 188 ; Mons, 10 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1626 ; Gand, 9 mars 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 199, note R. SIMAR ; Comm. Mons, 3 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 217.

[1021] Comm. Mons, 3 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 217, spéc. p. 219.

[1022] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, p. 256, n° 279.

[1023] *Ibidem*, p. 260, n° 288. *Adde* : C. DELFORGE, « Le contrat à long terme », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. DELFORGE (éd.), coll. « UB[3] », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 22, n° 14.

[1024] Cette idée se vérifie, en pratique, dans le cadre de contrat d'outsourcing : B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Liège, Formation permanente de la CUP, 2003, pp. 80-82, n[os] 13-15 ; C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 137-146, n[os] 224-244.

[1025] Bruxelles, 27 février 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 929.

[1026] Voy. not. dans ce sens : M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6[e] éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013,

se renforce avec la multiplication des législations qui imposent de contracter sur la base de motifs objectifs pour des raisons relatives à l'égalité et à la non-discrimination (*supra*, n° 113).

1° Plusieurs auteurs français se trouvent à la base de ce constat.

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ont ainsi écrit que « L'*intuitus personae* est souvent relatif ; il est plus ou moins prononcé. Parfois, il s'agit d'un *intuitus personae* subjectif, prenant en considération les qualités individuelles de la personne ("*parce que c'était lui, parce que c'était moi*") ; parfois au contraire, il s'agit d'un *intuitus personae* plus objectif, qui ne prend en considération que certaines qualités de la personne (par ex. : la possession d'un diplôme) »[1027]. Un agrément ou une certification représente une qualité précise et objective ; il s'agit aussi du cas lorsque l'*intuitus personae* se fonde sur une qualité dotée d'une nature interchangeable, comme la solvabilité[1028] ; de même, un contrat de maintenance peut énoncer que « Les compétences annoncées par le Prestataire, les assurances fournies par lui quant à la disponibilité de ses équipes et les conditions de prestations de service et délais d'intervention proposés par le Prestataire ont été déterminants dans le choix de cette dernière par le client »[1029].

La présence de fondements plus objectifs implique une dépersonnalisation l'*intuitus personae*. Dans ce cadre, G. Kostic a souligné que « L'*intuitus personae* objectif n'implique qu'une volonté de voir son cocontractant doté de certaines qualités particulières, peu important alors l'identité de la personne exécutant l'obligation du moment qu'elle possède les qualités recherchées chez le cocontractant initial »[1030]. Selon D. Krajeski, lorsque l'*intuitus personae* repose sur une base objective, il est alors « possible de connaître les qualités qui ont été prises en considération. Il s'instaure donc une idée de fongibilité entre les personnes : il paraît possible de revenir à un régime contractuel plus classique dans la mesure où les qualités attendues sont toujours présentes quelle que soit la personne qui les porte ; cela crée aussi une idée de stabilité contractuelle : le contrat n'est plus attaché à une identité mais à une finalité »[1031].

2° Toutefois, en pratique, il n'existe pas de frontière nette entre la subjectivité et l'objectivité. Une multitude de contrats *intuitus personae* reposent sur ces deux bases.

Les fondements du contrat d'ouverture de crédit illustrent ces propos. Dans un arrêt du 17 janvier 1994, la Cour d'appel de Mons a effectivement rappelé que « la personnalité des futurs partenaires, leurs qualités, leur situation sont déterminantes du consentement ; que la confiance du banquier créditeur ne repose pas seulement sur des données objectives (telle la

---

p. 196, n° 421 ; Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », *Juris-Classeur, Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n^{os} 32-33 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 170, n° 305 ; D. KRAJESKI, « L'*intuitus personae* et la cession de contrat », obs. sous Cass. 1re civ. 6 juin 2000, *D.*, 2001, pp. 1346-1347 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 21-22, n^{os} 23-24.

[1027] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^{e} éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 196, n° 421.

[1028] D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 170, n° 305.

[1029] P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, p. 555-556.

[1030] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 22, n° 24.

[1031] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 171, n° 308.

situation patrimoniale du crédité) mais aussi, et de manière importante, sur des données plus subjectives (telles les qualités morales de droiture, de correction et d'honnêteté du crédité »[1032].

De surcroit, Ph. Le Tourneau et D. Krajeski pensent que « Même objectif, l'*intuitu personae* peut encore comporter une part de subjectivité. Si les risques contractuels sont toujours objectifs, les qualités prises en considération pour les pallier peuvent être subjectives (des qualités humaines de sérieux, de talent) ou objectives (capacité financière, compétence). Dans les deux cas, une personne autre que celle qui considère peut estimer le rôle exact de l'*intuitu personae* ; en revanche, ce tiers ne pourra pas forcément vérifier l'existence de qualités attendues lorsqu'elles sont subjectives. L'*intuitu personae* peut donc être plus ou moins contrôlé, selon le cas. Par ailleurs, les cocontractants sont plus ou moins interchangeables »[1033].

[1032] Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.P. BUYLE, spéc. p. 1034.
[1033] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 33.

Titre II. L'exécution et la cession du contrat *intuitu personae*

167. Objet du présent titre. – Au sein de ce deuxième titre, nous aborderons les chapitres relatifs à l'exécution et à la cession des conventions *intuitu personae*. Ces développements nous permettront de confirmer et d'affiner les fondements de l'approche concrète de cette notion.

Dans un premier chapitre, nous aurons égard à l'article 1237 du Code civil, qui consacre le principe de l'exécution personnelle du contrat *intuitu personae*. Nous montrerons alors que le créancier doit prouver qu'il a un intérêt à l'exécution personnelle de son débiteur à l'aune de la volonté des parties, de l'objet concret des obligations contractuelles ou de la présence d'une relation de confiance ou d'affection. Dans certaines situations, nous verrons que le créancier pourra aussi se fonder sur la nature abstraite de la prestation du débiteur, sur la loi et même sur les usages.

Un second chapitre dédié à la cession du contrat *intuitu personae* confirmera cette analyse. En effet, nous montrerons que ce caractère ne représente pas un obstacle absolu à la cession du contrat : si l'intensité de ce caractère varie concrètement, le cocontractant cédé n'a pas toujours intérêt à s'opposer à cette opération. En outre, lorsque le cédé marque son accord à la cession, l'*intuitus personae* fait rarement obstacle à la transmission de la qualité de partie au cessionnaire.

En définitive, ces deux chapitres nous permettront d'introduire la forme de variation la plus connue des conséquences de l'*intuitus personae* : ses variations d'intensité.

Chapitre 1er. L'exécution personnelle du contrat *intuitu personae*

Introduction du chapitre

168. Illustrations. – La doctrine et la jurisprudence admettent classiquement que le débiteur choisi *intuitu personae* doit exécuter personnellement la convention qu'il a souscrite[1034].Toutefois, en pratique, ce principe ne revêt pas toujours une portée extrêmement claire.

Trois exemples le montrent.

Le cas des agents d'exécution du débiteur fournit une première illustration. Par exemple, le caractère *intuitu personae* du contrat médical s'oppose-t-il à ce que l'assistant d'un chirurgien *débute* l'opération à la place de ce dernier sans avoir prévenu le patient préalablement ?[1035]

Dans le même ordre d'idées, s'agissant d'un contrat conclu avec un architecte, l'*intuitus personae* empêche-t-il l'intervention d'autres spécialistes pour des aspects spécifiques de la mission de ce prestataire, telle la réalisation d'une étude de stabilité du sol ?[1036]

La même incertitude se rencontre dans le contrat de mandat. Dans le secteur bancaire, l'*intuitus personae* interdit-il à un gestionnaire de fortune de se substituer un autre professionnel, afin de gérer le portefeuille de son client, lorsque les intérêts ce dernier le requièrent ?[1037]

169. Plan du chapitre. – Ces exemples font état des tensions qui existent entre le principe de l'exécution personnelle du débiteur *intuitu personae* et l'intervention d'un tiers, d'un agent d'exécution ou un mandataire substitué lors de l'exécution de la convention.

Nous nous pencherons sur cette problématique dans ce chapitre.

Dans une première section, nous reviendrons sur les fondements du paiement qui émane d'un tiers. Ce premier point nous permettra de décrire la place classiquement attribuée à l'*intuitus*

[1034] Voy. not. en ce sens : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 587, n° 637 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 612 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; R. STEENNOT, « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, p. 6, n° 6 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 29-32, nos 38-40 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 93, n° 132, p. 95, n° 134 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis* ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28. Voy. en droit français : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 97, n° 103 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542.

[1035] Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *T. Gez.*, 2011-2012, p. 307, note C.-L. ; Comm. Bruxelles, 18 janvier 2007, *T. Gez.*, 2009-2010, p. 293, note C.-B.

[1036] S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijk analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 161-175, nos 89-92 ; B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 76-81, nos 48-53.

[1037] Voy. not. sur cette question : S. DELAEY, *De contractuele verhouding inzake portefeuillebeheer: op de wip tussen MiFID en privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 223-226, n° 250 ; Ph. BOURIN, *La gestion de portefeuille*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 157.

personae dans le cadre des articles 1236 et 1237 du Code civil. À cette occasion, nous pourrons proposer un axe d'amélioration qui a trait à l'intensité de ce caractère (*infra*, n^os^ 170-185).

Au sein d'une deuxième section, nous examinerons une première catégorie de motifs d'opposition du créancier, c'est-à-dire ceux relatifs au contenu de l'obligation (*infra*, n^os^ 186-219).

Enfin, dans une troisième section, nous verrons que d'autres motifs permettent également au créancier de s'opposer à l'intervention d'un tiers dans le contrat (*infra*, n^os^ 220-231).

Section 1re. La conception classique du principe de l'exécution personnelle du contrat *intuitu personae*

170. Plan. – Nous commencerons cette section par un exposé des règles qui gouvernent les articles 1236 et 1237 du Code civil. Nous analyserons également, à cette occasion, la conception doctrinale et jurisprudentielle classique du principe de l'exécution personnelle des conventions *intuitu personae* (**§1er**). Enfin, nous développerons deux pistes d'amélioration de cette approche (**§2**).

§1er. – Approche classique du principe de l'exécution personnelle

171. Articles 1236 et 1237 du Code civil. – L'article 1236 du Code civil consacre le droit au paiement des tiers en droit belge (**A**) ; de son côté, l'article 1237 prévoit la limite de ce droit au profit du créancier. C'est à ce stade qu'intervient le caractère *intuitu personae* du contrat (**B**).

A. Présentation de l'article 1236 du Code civil

172. Notion de paiement. – Le Code civil ne donne pas de définition du paiement, même s'il consacre plusieurs dispositions à ce mode d'extinction des obligations (articles 1235 à 1270).

Il revient à la doctrine d'avoir précisé ses deux aspects essentiels.

Le paiement implique l'exécution volontaire d'une obligation, quel que soit son objet[1038]. L'accomplissement d'une prestation de *dare*, de *facere* ou de *non facere* peut ainsi constituer un paiement[1039]. Selon H. De Page, « Payer, c'est exécuter »[1040]. En outre, afin de s'acquitter valablement de son obligation, le débiteur doit en respecter toutes les caractéristiques : le paiement doit porter sur l'obligation telle que les parties l'ont conçue à la base[1041]. Ce principe repose sur l'article 1243 du Code, qui indique que « Le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou plus grande ».

Ensuite, le paiement comporte un effet extinctif, dans la mesure où il représente l'aboutissement naturel d'une obligation. Il constitue le *mode normal* d'extinction des obligations. Le débiteur s'affranchit du lien de contrainte que son créancier détient envers lui lorsqu'il

---

[1038] Voy. not. sur l'objet du paiement : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 569, n° 621 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 615-617 ; C. MARR, « Le paiement : modalités, instruments et imputation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (200-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 20-21, n° 2 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2004, n° 1389 ; R. STEENNOT, « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, pp. 1-2, nos 1-2 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 84, n° 116 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 481, n° 382.

[1039] La définition juridique du paiement a une portée plus large que la conception issue du langage courant. Dans ce dernier cas, le paiement se réduit au versement d'une somme d'argent, soit à l'exécution d'une obligation pécuniaire (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 392, n° 395).

[1040] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 391, n° 394.

[1041] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 569, n° 622 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2004, n° 1389.

s'exécute[1042]. Toutefois, ce principe peut recevoir exception si un tiers paie la dette : il peut alors exister un paiement subrogatoire, qui emporte un effet translatif, au-delà de son effet extinctif[1043].

173. Article 1236 du Code civil et auteur du paiement. – Le paiement implique la présence d'au moins deux « parties ». À notre sens, ce terme s'accorde mal avec la nature juridique du paiement, qui ne constitue pas une convention, mais plutôt un acte juridique unilatéral. La Cour de cassation a rallié cette opinion à tout le moins à propos des obligations pécuniaires[1044]. Dans cette perspective, la partie qui paye se nomme le *solvens* et celle qui reçoit la prestation s'appelle l'*accipiens* ; la doctrine et la jurisprudence reconnaissent la capacité de payer à trois personnes[1045].

174. Première hypothèse : le débiteur. – Le débiteur peut d'abord effectuer le paiement. Cette première catégorie de *solvens* s'inscrit dans le principe de l'effet relatif du lien obligatoire[1046] : P. Wéry écrit ainsi que « Si je prête de l'argent à Primus, c'est à lui et à lui seul que je peux exiger le paiement. Si je vends un bien, c'est à l'acheteur que je réclame le prix et à personne d'autre »[1047].

Deux observations s'imposent à ce sujet.

Primo, la qualité de débiteur s'obtient normalement lors de la formation de l'obligation. Cependant, il arrive que cette qualité s'acquière après la naissance du lien obligatoire. Cette idée se vérifie, par exemple, lors d'une transmission universelle de patrimoine d'une personne physique – en raison de son décès – ou d'une personne morale – du fait de la survenance d'une opération de fusion, scission, d'apport d'universalité ou de branche d'activités[1048] ; de même, selon certains auteurs, tel est aussi le cas quand le législateur établit un régime particulier de cession de contrat[1049].

Secundo, une partie de la doctrine rappelle que la présence d'une obligation à pluralité de débiteurs ne modifie pas cette analyse. Chaque coobligé revêt effectivement la qualité de débiteur à l'égard du créancier[1050]. Seule l'étendue de leur contribution varie en fonction de la nature de la dette à exécuter : la dette se divise, en principe, en fonction du nombre de débiteurs présents. Toutefois, à titre d'exception, chaque coobligé répond de l'intégralité de la dette lorsqu'il est question d'une indivisibilité passive, d'une solidarité passive ou d'une obligation *in solidum*[1051].

[1042] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 391, n° 394.
[1043] Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 568, n° 619 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 84, n° 117.
[1044] Cass., 26 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2163, spéc. p. 2167. Voy. dans le même sens : Cass., 6 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2349. Voy. not. sur la question de la nature juridique du paiement : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 569-574, nos 623-627 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, pp. 84-85, n° 118. Voy. not. sur les conséquences de la qualification sur le plan probatoire : P.A. FORIERS, « Décharge – Réception – Quittance », in *La fin du contrat*, L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE (éds.), Bruxelles, L'Association des Juristes d'Entreprise – La conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 165-167, nos 70-71.
[1045] Voy. not. à ce sujet : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 575-584, nos 629-637 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, pp. 93-95, nos 132-134 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 14-28, nos 16-36.
[1046] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 792, n° 822.
[1047] *Ibidem*, p. 803, n° 840.
[1048] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 575, n° 631. Voy. à ce propos de l'acquisition de la qualité de partie dans ces situations : N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers-Cambridge, Intersentia, pp. 105-106, n° 111 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 25-26, n° 10.
[1049] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 218-253, nos 167-189.
[1050] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 575, n° 631 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2019, n° 1399.
[1051] B. GLANSDORFF, « Les parties au paiement », *Rev. dr. ULB*, 1993, pp. 62-63, n° 2.

175. Deuxième hypothèse : les personnes assimilées au débiteur. – Dans les faits, le débiteur peut faire appel à certaines personnes pour exécuter l'obligation qui pèse sur ses épaules[1052].

Le *représentant* du débiteur intervient dans cette catégorie de *solvens*. Cette personne se rencontre régulièrement en pratique, compte tenu de l'importance de la représentation, qui trouve sa source dans la loi, dans une décision de justice ou dans un contrat. Le mandataire n'agit pas en son nom personnel, mais en nom et pour le compte de son débiteur[1053] ; par l'effet de la représentation, quel que soit l'objet de la dette, c'est alors le débiteur qui paie et non un tiers[1054].

Le débiteur peut également avoir recours aux services d'un *agent d'exécution*. La Cour de cassation a récemment défini ce concept. Dans une décision du 24 mars 2016[1055], la Cour a ainsi indiqué « [qu'un] agent d'exécution est une personne physique ou une personne morale qui est chargée par le débiteur d'une obligation contractuelle de l'exécution totale ou partielle de cette obligation ». Cette définition montre le caractère hétérogène de cette catégorie de *solvens*[1056]. En effet, cette dernière comprend tant les agents juridiquement subordonnés au débiteur, tel le travailleur, que les agents non subordonnés juridiquement, tels les substituts[1057] : aussi les sous-traitants, les sous-concessionnaires ou les transporteurs représentent-ils des agents d'exécution[1058].

176. Troisième hypothèse : les tiers intéressés et non intéressés. – L'article 1236 du Code civil admet qu'un tiers puisse exécuter une obligation à la place de son débiteur initial. Dans ce cadre, il apparait que la notion de tiers revêt une acception bien précise. H. De Page écrit, à ce sujet, « [qu'il] faut entendre celui qui agit *motu proprio*, sans être personnellement tenu à l'obligation, et, d'autre part, sans être *juridiquement* ou *en fait*, le truchement, l'instrument du débiteur »[1059].

La doctrine belge reconnait deux types de tiers payeurs.

1° Il existe les *tiers intéressés* à la dette. À leur propos, l'article 1236, alinéa 1er, du Code civil indique « [qu'une] obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée telle qu'un coobligé ou une caution »[1060]. Selon certains auteurs, ces tiers correspondent aux personnes

---

[1052] Cons. not. à ce titre : S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 16-18, nos 22-23.
[1053] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 576, n° 632.
[1054] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 395-396, n° 401.
[1055] Cass., 24 mars 2016, R.G. n° C.14.0329.N, http://www.juridat.be, *R.D.C.*, 2017, p. 200, note R. STEENNOT.
[1056] Voy. not. sur cur cette catégorie de personne : C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers-Apeldoorn – Diegem, Maklu, Ced. Samsom, 1995, pp. 115-143.
[1057] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 94, n° 132.
[1058] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2020, n° 1400. En droit belge, il apparait que certains auteurs pensent que les agents d'exécution ne se distinguent *juridiquement* pas du débiteur lors de l'exécution d'une obligation (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 397, n° 402). Par une sorte de fiction, ces auxiliaires représentent une émanation du débiteur ou, autrement dit, un prolongement de sa personne. La Cour de cassation a admis cette fiction. Dans une décision du 7 décembre 1973, concernant le concours des responsabilités, la Cour a effectivement déclaré que « le préposé ou l'agent d'exécution [...] *n'est pas un tiers au regard de l'exécution du contrat et à l'égard du cocontractant* » (Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376). Nous soulignons.
[1059] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 397, n° 402.
[1060] La *personne*, dont parle l'article 1236, alinéa 1er, fait référence à un *tiers* : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 398, n° 403, spéc. note 2.

qui ne répondent pas personnellement de l'obligation du débiteur, mais qui ont un intérêt direct à son exécution, c'est-à-dire un intérêt à éviter les conséquences néfastes de son inexécution[1061].

Le Code civil rend mal compte des tiers intéressés. En effet, afin d'illustrer cette catégorie de tiers, l'article 1236 du code cite le coobligé par méprise[1062] : le codébiteur ne peut pas être tiers vis-à-vis du rapport d'obligation du débiteur, étant donné qu'il se trouve également tenu envers le créancier. Au-delà de cette erreur, la doctrine considère traditionnellement comme tiers intéressés : la caution[1063], le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué[1064] ou encore le bailleur à gage[1065].

2° L'article 1236, alinéa 2, du Code civil ajoute également que « L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier ». Cet alinéa reconnait l'existence des tiers *non intéressés* à la dette : toute personne peut ainsi payer en lieu et place du débiteur, même en l'absence d'un intérêt direct à l'exécution de la dette[1066].

Deux remarques s'imposent au sujet de cette seconde catégorie de tiers.

Il est d'abord admis que le gérant d'affaires s'exécutant *alieno nomine* se range parmi les tiers qui agissent au nom et pour compte du débiteur, sans qu'il y ait besoin de passer par la figure du mandat. La loi lui confère effectivement ce pouvoir (articles 1372 à 1375 du Code civil). En revanche, le gérant d'affaires payant *proprio nomine* s'acquitte de la dette en son nom, mais pour le compte du débiteur[1067]. Il en va de même pour celui qui paie la dette d'autrui *animo donandi*[1068].

De surcroit, la distinction entre les tiers agissant en leur nom et ceux payant au nom du débiteur ne présente qu'une importance relative pour notre propos. Selon H. De Page, l'intérêt de

---

[1061] Les rédacteurs du Code civil n'ont pas expliqué l'origine du droit au paiement des *tiers intéressés*. L'existence de ce principe leur semblait visiblement naturelle. Ce point de vue pragmatique se comprend par référence aux écrits de R.-J. Pothier. Selon cet auteur, ces tiers ont intérêt à devancer l'inexécution du débiteur pour éviter que sa dette s'accroisse (R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. II, Paris – Orléans, Debure – Rouzeau-Monteaut, 1761, p. 9, n° 464). Leur paiement a donc pour objectif d'éviter qu'ils subissent eux-mêmes cette charge sur leur propre patrimoine. Pour la plupart des auteurs, la *ratio legis* de l'article 1236, alinéa 1er, du Code civil se fonde donc sur une idée de *protection des tiers intéressés* (cons. not. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 49, n° 55).

[1062] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 398-399, n° 403.

[1063] Voy. not. sur les différences qui existent entre la caution et le coobligé : Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 362, n° 724 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 396, n° 402.

[1064] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 398, n° 402.

[1065] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 579, n° 634.

[1066] La *ratio legis* du droit au paiement des tiers *non intéressés* ne suit pas la même logique de celle des tiers intéressés. Les travaux préparatoires du Code civil le confirment : le tribun Jaubert énonce que l'article 1236, alinéa 2, du Code civil « Quoique le tiers qui offre paiement n'ait pas un intérêt direct et civil à l'acquittement de l'obligation, le créancier ne pourra pas non plus refuser de recevoir puisqu'en dernière analyse le créancier n'a d'autre intérêt que d'être payé [...] Ce tempérament concilie tout. Le créancier est désintéressé : la condition du débiteur ne peut jamais être aggravée ; elle peut au contraire être adoucie. Les affections douces et charitables pourront exercer leur empire » (J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, pp. 461-462, n° 6). Partant, l'article 1236, alinéa 2, du Code civil se fonde sur des considérations favorables à la *libération du débiteur* (A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. II, par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1959, p. 808, n° 1436 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1865, p. 144, n° 3).

[1067] S. Rutten pense que l'enrichissement sans cause constitue une autre hypothèse de paiement par un tiers. Voy. à cet égard : S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 28, n° 36.

[1068] Gand, 27 juin 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 1366.

la différence se manifeste au sujet de l'étendue du recours dont les tiers bénéficient après paiement[1069] : la finale de l'article 1236, alinéa 2, du Code civil semble priver de toute subrogation le tiers *solvens* qui paie la dette en son nom propre. Cependant, dans un arrêt du 21 janvier 2008, la Cour de cassation a précisé « [qu'en] vertu de l'article 1236, alinéa 2, du Code civil, une obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Si elle interdit au tiers auquel elle s'applique de se prévaloir d'une subrogation légale, cette disposition n'exclut pas, en revanche, qu'il puisse bénéficier d'une subrogation conventionnelle consentie par le créancier en vertu de l'article 1250, 1°, du Code civil »[1070].

B. Présentation de l'article 1237 du Code civil

177. Approche classique de l'article 1237 du Code civil : intérêt du créancier à l'exécution personnelle du débiteur en présence d'un contrat *intuitu personae*. – Aux termes de l'article 1237 du Code civil, il apparait que « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». De ce fait, les tiers ne peuvent pas forcer le créancier à accepter leur paiement en toute hypothèse.

Cette disposition constitue la pierre angulaire du principe de l'exécution personnelle du débiteur. Dans certains cas, l'article 1237 du Code civil implique que les intérêts du créancier priment le droit au paiement des tiers ; il est admis que cet article s'applique, par analogie, au paiement qui provient d'un représentant[1071] ou d'un agent d'exécution du débiteur[1072].

C'est à ce stade que la plupart des auteurs établissent alors un lien entre le libellé de l'article 1237 du Code civil et la nature particulière des conventions *intuitu personae*[1073].

Une partie de la doctrine belge pense ainsi que le créancier peut toujours exiger du débiteur *intuitu personae* qu'il exécute personnellement ses obligations[1074]. Par exemple, H. De Page écrit que l'article 1236 du Code civil « reçoit *exception* lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée

---

[1069] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 400, n° 405.

[1070] Cass., 21 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 152, spéc. p. 154. Voy. dans le même sens en doctrine : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. II, 2e éd., Paris, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1902, p. 467, n° 1395 ; Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, Christophe-A. Marescq, 1887, p. 479, n° 487.

[1071] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 576-577, n° 632 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 93, n° 132.

[1072] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis* ; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, deel III, 3e éd., Anvers, Intersentia, 2007, p. 17, n° 28 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28.

[1073] Voy. not. à cet égard : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 587, n° 637 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 612 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; R. STEENNOT, « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, p. 6, n° 6 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 29-32, nos 38-40 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 93, n° 132, p. 95, n° 134.

[1074] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 612 ; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, deel III, Anvers, Intersentia, 2007, p. 17, n° 28 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 483, n° 384 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis* ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28.

intuitu personae, en considération de la personne du débiteur, c'est-à-dire lorsque le créancier a intérêt à ce que la prestation soit accomplie *par le débiteur lui-même* (article 1237) […] Ces règles reçoivent exception *d'une manière absolue* »[1075]. Dans le même sens, lors d'un passage de son *Précis*, R. Dekkers souligne que « Le contrat *intuitu personae* exclut tout payement par des agents d'exécution (C. civ., art. 1237) »[1076]. De leur côté, W. Van Gerven et A. Van Oevelen pensent que « *Op het beginsel dat een derde de schuld van een ander mag betalen, voorziet art. 1237 B.W. een uitzondering […]. Daarmee worden hoofdzakelijk verbintenissen bedoeld die "intuitu personae" van de debiteur werden aangegaan* »[1077]. Pour les exceptions à l'article 1236, L. Cornelis considère que « *Er moet wel rekening worden gehouden dat sommige verbintenissen (bv omwille van hun* intuitu personae *karakter) niet voor uitvoering door een vertegenwoordiger of door een uitvoeringsagent vatbaar zijn. Dit kan trouwens ook conventioneel worden uitgesloten* »[1078].

La doctrine française adopte souvent cette analyse[1079]. S'agissant de l'ancien article 1237 du Code civil français, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette suggèrent que le créancier a intérêt à l'exécution personnelle « en particulier si la considération de la personne du débiteur – l'*intuitus personae* – a concouru à la formation du lien obligatoire »[1080]. C'est vrai pour J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, selon qui « le créancier ne peut pas refuser le paiement qui lui est offert par un tiers. Mais la règle est écartée (art. 1237) lorsque les qualités du débiteur donnent intérêt à obtenir une exécution personnelle de celui-ci. C'est fréquent pour les obligations de faire, souvent conclues *intuitus personae* »[1081]. Enfin, pour J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, « c'est surtout quand la convention a été conclue *intuitu personae* que la prise en considération des qualités personnelles du débiteur légitime le refus du créancier de se voir opposer le paiement par un tiers »[1082].

178. Illustrations de l'approche classique du principe de l'exécution personnelle. – Il est intéressant de remarquer que la plupart des auteurs belges et français illustrent peu le principe de l'exécution personnelle du débiteur d'un contrat conclu *intuitu personae* ; de même, lorsqu'ils se livrent à cet exercice, les exemples s'avèrent généralement peu variés et même théoriques.

1° Dans ce contexte, une première série d'applications concerne les obligations issues des contrats des titulaires de profession libérale[1083]. En effet, à suivre H. De Page, il faut admettre que

---

[1075] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 395, n° 400.
[1076] R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28.
[1077] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 612.
[1078] L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 483, n° 384
[1079] Voy. not. : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2014, p. 567, n° 785 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 97, n° 103 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 584, n° 1077. En outre, les deux ordres juridiques partageaient le même article 1237 jusqu'à la réforme du droit des obligations du 10 février 2016. Le nouvel article 1342-1 du Code civil ne modifie pas la conception traditionnelle de l'exécution personnelle en droit français : cette disposition réaffirme effectivement que « Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier ».
[1080] F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317.
[1081] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 97, n° 103.
[1082] J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542.
[1083] Voy. not. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 582-583, n° 637 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 376-377, n° 417 ; C. MARR, « Le paiement : modalités,

l'article 1237 du Code civil reçoit application pour « une opération chirurgicale demandée à tel chirurgien ; un procès délicat dont la plaidoirie est confiée à tel avocat de renom. Dans ces différents cas, les règles qui précèdent reçoivent exception [*i.e.* les règles de l'article 1236 du Code civil] en ce sens que la prestation n'est valablement accomplie que par le débiteur lui-même »[1084].

D'autres professions libérales s'inscrivent dans cette logique. Tel est notamment le cas des architectes[1085]. Selon certains, l'*intuitus personae* concerne même tout contrat d'entreprise : ainsi ces auteurs admettent-ils l'intervention d'un sous-traitant de façon restrictive à titre d'exception[1086]. Pour D. DESSARD, J.-L. TEHEUX, J. TRICOT et N. VOS DE WAELE, « La sous-traitance porte atteinte au caractère *intuitu personae* du contrat d'entreprise. Le maître de l'ouvrage peut dès lors la refuser purement et simplement dans le contrat ou refuser son agrément à des conditions particulières, telles l'enregistrement ou l'agréation du sous-traitant comme entrepreneur »[1087].

2° Une deuxième série d'applications porte sur les conventions artistiques[1088] : J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau écrivent, à ce sujet, que « [l'on] imaginerait mal, par exemple, qu'ayant commandé une œuvre à un artiste en vogue, le créancier ne puisse s'opposer à ce qu'elle soit exécutée par un artiste peu talentueux »[1089]. En outre, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux enseignent que « le peintre qui s'est engagé à faire un portrait ne peut se faire remplacer dans l'exécution de l'œuvre qui lui a été commandée, pas plus que le chanteur qui a promis un récital »[1090].

Les rédacteurs du Code civil se sont également fondés sur les prestations artistiques afin d'expliquer la *ratio legis* de l'article 1237 du Code civil. Dans son rapport au Tribunat, le Tribun Jaubert rappelle d'abord que les principes de l'article 1236 concernent toutes sortes d'obligations. Ensuite, l'orateur expose la *ratio* de l'article 1237 par ces mots : « Mais comme les droits du créancier ne peuvent jamais être diminués sans son consentement, il est tout simple que l'obligation

---

instruments et imputation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 33, n° 15 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 395, n° 400.

[1084] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 395, n° 400.

[1085] C. DESCHAMP-POPULIN, *La cause du paiement*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 305-306, n° 314. Voy. not. sur cette idée et sur sa critique : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 376-377, n° 417 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 28, n° 15.

[1086] Voy. not. à ce sujet : D. DESSARD, J.-L. TEHEUX, J. TRICOT et N. VOS DE WAELE, *Le contrat d'entreprise. Partie 1*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 150, n° 127 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 78, n° 89. Plusieurs juridictions estiment aussi qu'un contrat d'entreprise s'avère normalement conclu *intuitu personae* : Gand, 6 juin 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 224, note R.S. ; Comm. Courtrai, 3 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 378.

[1087] D. DESSARD, J.-L. TEHEUX, J. TRICOT et N. VOS DE WAELE, *Le contrat d'entreprise. Partie 1*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 150, n° 127.

[1088] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, pp. 27-28, n° 15 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 405, n° 408. Voy. en droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 97, n° 103 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542.

[1089] J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542.

[1090] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 97, n° 103.

de faire ne puisse être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque le créancier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même, par exemple, s'il s'agit d'un ouvrage d'art »[1091].

Il nous semble ainsi que la doctrine s'inscrit souvent dans la logique d'une approche conceptuelle du principe de l'exécution personnelle : ce dernier se déduit *in abstracto* de la nature *intuitu personae* contrat[1092]. Cette analyse revient donc, en d'autres termes, à postuler l'exécution personnelle du débiteur sur la base du caractère *intuitu personae* de la convention[1093] ; en présence d'un contrat conclu en considération de la personne du débiteur, le principe reste effectivement toujours le même, vu que « l'exécution du contrat doit être assumée par le débiteur *lui-même* »[1094].

3° Enfin, il convient de remarquer qu'il n'existe pratiquement aucune illustration jurisprudentielle nette du principe de l'exécution personnelle du débiteur choisi *intuitu personae*. Un arrêt de la Cour de cassation française du 17 décembre 2002 fournit l'exemple le plus proche de cette conception[1095]. Deux époux s'engagent à bail à nourriture envers un autre couple en échange de l'abandon de la moitié d'une dette. Toutefois, les débiteurs de soins – preneurs à bail – décident d'aller vivre sur l'Ile de la Réunion sans les deux bailleurs à nourriture. Ces derniers les assignent alors en résolution du contrat de bail à nourriture et en paiement de la moitié de la dette abandonnée du fait du manquement des preneurs à leur obligation de cohabitation. La Cour d'appel a fait droit à cette demande. La Cour de cassation française a approuvé cette décision. Selon elle, il apparait que la Cour d'appel avait relevé à bon droit que « les époux Walter reconnaissaient n'avoir pas rempli personnellement leurs obligations en raison de leur départ à l'Ile de la Réunion, qu'elle a, ensuite, relevé le caractère personnel de ces obligations, les époux Walters s'étant engagés à recevoir dans leur maison, à nourrir à leur table, avec eux et comme eux leurs créanciers ; qu'elle en a exactement déduit que, conformément à la convention, la condition résolutoire était réalisée, à défaut par les débiteurs de l'exécution personnelle de leurs obligations »[1096].

§2. – Réflexions sur l'approche classique du principe de l'exécution personnelle

179. Axes d'amélioration de l'approche classique. – L'approche classique du principe de l'exécution personnelle se vérifie parfois en pratique : il est vrai que la présence d'un contrat *intuitu personae* peut suffire pour exclure le paiement d'un tiers, d'un agent d'exécution ou d'un mandataire substitué. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'un créancier demande à un peintre de renom de lui réaliser une toile ou lorsqu'il existe une forte relation de confiance ou d'affection entre les parties[1097]. Cette analyse a également le mérite de la simplicité et de la sécurité juridique.

Toutefois, à notre sens, il existe parfois un hiatus entre ce point de vue et la pratique.

[1091] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 462, n° 7. Ce point de vue rejoint les propos émis par Bigot-Préameneu lors de l'exposé des motifs de l'article 1237 de Code civil. Pour ce rédacteur du Code civil, « Le créancier ne pourrait se refuser à recevoir le paiement de ce tiers, à moins qu'il n'eût un intérêt à ce que l'obligation fût acquittée par le débiteur lui-même. C'est ainsi que l'obligation contractée pour un ouvrage d'art est déterminée par le talent personnel de l'artiste ; un tiers ne doit pas être admis à le suppléer » (J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 365, n° 115).

[1092] A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 88, n° 106 ; F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 4.

[1093] A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 88, n° 106.

[1094] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*.

[1095] Cass. fr. 1re civ., 17 décembre 2002, *Bull. civ.*, 2002, I, p. 240.

[1096] *Ibidem*, spéc. p. 241.

[1097] Civ. Bruxelles, 16 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 480, note M. LAHAYE et J. VANKERCKHOVE.

Dans les faits, l'intervention des agents d'exécution constitue souvent la règle et non l'exception, en dépit du caractère *intuitu personae* de la convention conclue entre le prestataire et son client. H. De Page l'avait déjà remarqué : après avoir posé le principe de l'exécution personnelle du contrat conclu en considération du prestataire[1098], il explique que l'assistance matérielle de l'agent « n'est licite que si le débiteur conserve l'entière direction de l'exécution, et y intervient d'une manière prépondérante »[1099]. Dans un autre passage, cet auteur ajoute même qu'en réalité, « Ce n'est que la substitution complète [de l'agent d'exécution] qui est interdite »[1100].

Dans cette logique, plusieurs auteurs nuancent le principe de l'exécution personnelle de deux façons. Tout d'abord, certains proposent d'analyser les variations d'intensité de l'*intuitus personae* avec plus de méthode, puisque cette notion s'exprime avec plus ou moins de force en fonction des circonstances (*infra*, n° 180). Ensuite, selon d'autres, il parait utile d'adopter une approche plus flexible de ce caractère : d'un côté, la considération de la personne se conçoit souvent à l'échelle de l'obligation ; elle dépasse parfois, d'un autre côté, la figure du contrat (*infra*, n° 181).

180. Une approche plus méthodique : variations d'intensité de l'*intuitus personae*. – Pour une partie de la doctrine, les conséquences de l'*intuitus personae* ne constituent pas un bloc monolithique. En effet, à la réflexion, il apparait que cette notion connait plusieurs intensités.

1° Plusieurs auteurs belges ont déjà rallié ce point de vue[1101].

P. Van Ommeslaghe enseigne ainsi que « l'on doit distinguer deux situations tout à fait différentes à propos des contrats *intuitu personae*. La première, dans laquelle l'intervention personnelle du débiteur est tellement essentielle que le paiement ne se conçoit pas sans elle […] Tel est le cas, par exemple, de l'exécution d'une œuvre musicale par un artiste »[1102]. En revanche, ajoute-t-il, il arrive que « La personne du débiteur, appréciée dans certaines de ses qualités et non dans son individualité originale, [ne soit] qu'une garantie d'exécution, comme l'est d'ailleurs plus généralement la solvabilité du débiteur d'une obligation pécuniaire »[1103]. Partant, rien ne s'oppose à ce qu'un tiers rembourse, par exemple, le crédit de son ami malgré l'*intuitus personae*[1104].

Nous pensons que S. Stijns prône aussi une approche concrète de l'exécution personnelle, lorsqu'elle écrit que « *De schuldenaar van een contractuele verbintenis mag ook steeds een beroep doen op hulppersonen (aangestelden of zelfstandige uitvoeringsagenten) die bij de uitvoering van*

[1098] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*.
[1099] *Ibidem*, p. 396, n° 401 et p. 405, n° 408.
[1100] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 396, n° 401.
[1101] Voy. not. dans le domaine des prestations de services : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 582, n° 637 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 376-377, n° 417 ; P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 295 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1377-1378, n° 934 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 133-134, nos 111-112 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 30-31, n° 39 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 94, n° 132 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 1145-1146, n° 1216 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, pp. 24-26, n° 12 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.
[1102] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401.
[1103] *Ibidem*, p. 2024, n° 1401.
[1104] *Ibidem.* Voy. dans le même sens : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 582, n° 637.

die verbintenis geheel of gedeeltelijk mogen vervangen. Dergelijke vervanging, zeker wanneer ze maar gedeeltelijk is, is niet noodzakelijk verboden wanneer de contractuele verbintenis intuitu personae *van de schuldenaar is, omdat zijn hulppersonen steeds onder zijn toezicht en verantwoordelijkheid presteren en hij persoonlijk aansprakelijk blijft in geval van tekortkomingen in de uitvoering.* Maar uit de concrete aard van de verbintenis intuitu personae, uit de gebruiken, uit een contractueel beding en/of uit de strekking van het gehele contract kan wel blijken dat deze verbintenis intuitu personae niet vatbaar is voor uitvoering door een hulppersoon »[1105]. Dans ce cadre, un chirurgien peut déléguer des tâches banales à ses assistants qui agissent sous ses ordres[1106] ; un avocat peut déléguer un dossier peu complexe à un l'un de ses collaborateurs[1107].

S'agissant du contrat de mandat, P. Gillaerts souligne que « *In de zonet geschetste evoluties lijkt de test de sterkte van de vertrouwensband te zijn om te peilen naar de aanwezigheid van een* intuïtu personae*-karakter. Een algemene wettelijke verankering van (de gevolgen van) dat karakter van de lastgevingovereenkomst is dan weinig opportuun […] Het is tijd voor de afschaffing van het uitzonderingregime ten voordele van een meer in concreto-benadering, hetzij per type mandaat (in lijn met het beschreven wetgevend optreden), hetzij per concreet geval* »[1108]. Dans le même ordre d'idées, comme l'enseigne P. Wéry, il faut concéder que le caractère *intuitu personae* du mandat est « de plus en plus remis en cause. L'*intuitus personae* est loin de constituer une notion homogène de laquelle il serait possible de déduire, de manière mécanique et invariable, une série de conséquences »[1109]. Un mandataire salarié – tel qu'un agent immobilier – peut ainsi se substituer autrui pour toute mission banale et pour autant que la procuration ne le lui interdise pas[1110].

2° Les variations d'intensité se retrouvent également en droit français.

Certains auteurs pensent qu'il faut relativiser la place qu'occupe la nature *intuitu personae* du contrat dans le cadre de l'exécution personnelle[1111]. Pour A. Richard, l'approche classique « est critiquable, dans la mesure où le législateur fait, dans l'article 1237 du Code civil, de l'intérêt à l'exécution personnelle du débiteur une condition autonome qui ne dépend pas de la nature de l'obligation, qui ne se déduit pas *in abstracto* du caractère *intuitu personae* de la convention. Le créancier a intérêt à ce que l'auteur du paiement soit le débiteur "lorsque le fait qui est l'objet de

---

[1105] Nous soulignons. Voy. : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 94, n° 132.

[1106] C. MARR, « Le paiement : modalités, instruments et imputation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 33, n° 15 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 577, n° 632 ; Th. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 2e éd., Bruxelles – Anvers – Apeldoorn, Bruylant – Maklu – Ced. Samsom, 1992, pp. 566-567, n° 855.

[1107] J.-P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 mars 1989, *J.T.*, 1989, p. 384. *Adde* : P. ROBIN, « L'exécution du contrat d'avocat », in *Le cabinet d'avocat à la rencontre du client*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 52-53.

[1108] P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 295.

[1109] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 73, n° 16.

[1110] Voy. not. à ce sujet : P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, pp. 298-299 ; P.A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services : obligations des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 133, n° 13 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.

[1111] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, nos 70-72 ; A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *J.C.P.*, G, 2008, I, p. 16, n° 10 ; A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 88, n° 106 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 44-47, nos 60-63.

l'obligation se trouve de telle nature qu'il importe au créancier par qui la chose soit faite". Il est nécessaire, par conséquent, d'analyser l'objet de l'obligation *in concreto*, de manière à déterminer objectivement si le créancier a intérêt à ce que l'obligation soit exécutée par le débiteur »[1112].

Il existe d'ailleurs plusieurs tentatives d'affinement de l'intensité de l'*intuitus personae* : d'un côté, d'aucuns estiment que le débiteur doit payer en personne lorsqu'il constitue l'objet ou la cause du contrat[1113] ; d'autres admettent, d'un autre côté, le paiement par autrui lorsque le tiers présente les mêmes qualités objectives que le débiteur[1114]. Par exemple, G. Kostic suggère que « l'une des parties peut, au moment de la formation du contrat, considérer son interlocuteur afin de vérifier s'il possède les qualités requises pour l'exécution de l'obligation. Peu lui importe l'éventuelle substitution de cocontractant, dès lors que la personne substituée présente les mêmes caractéristiques que le cocontractant initial. Il s'agit donc d'un *intuitus personae* objectif »[1115]. Nous reviendrons sur ces grilles de lecture de l'intensité de l'*intuitus personae* (*infra*, n[os] 192-196).

181. Une approche plus flexible : lecture de l'*intuitus personae* à l'échelle de chaque obligation contractuelle. – L'approche classique appréhende l'*intuitus personae* à l'échelle du contrat. En pratique, il existe un intérêt à adopter un point de vue *plus étroit* et *plus englobant*.

1° Plusieurs auteurs ont d'abord souligné qu'il est parfois utile d'adopter une *vision plus étroite* de l'article 1237 du Code civil : l'attention porte souvent sur l'exécution du contrat, alors qu'il convient plutôt de la focaliser sur l'exécution des différentes obligations qui le composent[1116].

Toutes les obligations n'ont effectivement pas la même intensité. Dans un contrat de commodat, s'il est vrai que l'emprunteur doit assurer l'obligation de garde de la chose prêtée en personne, rien ne s'oppose à ce qu'un tiers exécute son obligation de restitution[1117]. L'analyse de l'intensité de l'*intuitus personae* démarre au stade de l'obligation et non du contrat[1118]. En somme, « Il conviendrait de partir du contenu de l'obligation litigieuse pour déterminer si le créancier peut se prévaloir, *in casu*, d'un intérêt à l'exécution personnelle, plutôt que de déduire systématiquement celui-ci de l'*intuitus personae* ayant présidé à la conclusion du contrat tout entier »[1119]. Un bailleur

---

[1112] A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 88, n° 106.

[1113] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 234-240, n[os] 338-348 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 140-141, n° 102 ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, pp. 66-70, n[os] 23-24.

[1114] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n[os] 70-72 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 247, n° 438 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 275, n° 401.

[1115] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 275, n° 401.

[1116] C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 25, n° 12. Voy. not. en droit français : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 7-8, n° 11 ; F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 4.

[1117] C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 25, n° 12.

[1118] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 36 ; P. MOUSSERON, J. RAYNAUD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3[e] éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 458, n° 1187 ; F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 5 ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *R.T.D.C.*, 2003, p. 4, n° 4.

[1119] F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 4.

à nourriture doit sans doute exécuter ses obligations de soins et de cohabitation en personne, mais il peut faire fournir la nourriture par un tiers sans heurter l'article 1237 du Code civil[1120].

2° Selon nous, il est aussi intéressant d'avoir une *vision plus englobante* de l'article 1237 du Code civil : l'*intuitus personae* réside parfois dans le chef d'un tiers au contrat (*supra*, n° 163).

Un arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 1973 a rappelé que le créancier pouvait se prévaloir d'un intérêt à ce qu'un *tiers précis* n'exécute pas l'obligation[1121]. Un assureur refusait qu'un courtier paie la prime de l'un de ses assurés : selon lui, ce paiement aurait fait croire à ses clients qu'il collaborait avec ce courtier, alors qu'il lui avait retiré toute sa confiance du fait de sa réputation désastreuse. Dans le sillage de la Cour d'appel, la Cour de cassation a considéré que l'assureur avait un intérêt légitime à refuser le paiement au départ de motifs relatifs à la personnalité du tiers : elle a ainsi décidé que « pour s'opposer à un paiement fait par un tiers, le créancier peut non seulement invoquer un intérêt légitime inhérent à l'obligation et dont il se déduit que celle-ci doit être remplie par le débiteur lui-même, *mais aussi un intérêt légitime à ce que le payement ne soit pas fait, à la décharge du débiteur, par un tiers déterminé qui désire l'acquitter* »[1122].

Un arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2012 a précisé cette idée[1123]. Un père refusait de recevoir le paiement dont son fils voulait s'acquitter à la place de son gendre ; ce créancier prétendait avoir un intérêt à protéger son fils – le tiers – du dol du gendre – le débiteur. La Cour de cassation n'a pas fait droit à cette prétention. La Cour a rappelé « [qu'en] vertu de l'article 1237 du Code civil, le créancier peut refuser le paiement par un tiers lorsqu'il a une raison légitime qui peut résulter de l'intérêt qu'il a que l'obligation, eu égard à sa nature, soit remplie par le débiteur lui-même ou ne le soit pas par un tiers déterminé »[1124]. Ensuite, elle a ajouté que « Cet intérêt doit être propre au créancier », de sorte que « Les vices qui concernent les rapports entre le tiers payeur et le débiteur ne constituent pas pour le créancier un intérêt pour refuser le paiement par le tiers »[1125].

182. Confirmation des variations d'intensité par les droits néerlandais et suisse. – Les droits néerlandais et suisse connaissent une disposition similaire à l'article 1237 du Code civil. Un bref examen des principes confirme l'existence des variations d'intensité de l'*intuitus personae*.

1° L'article 6:30 du *Burgerlijk Wetboek* indique que « *Een verbintenis kan door een ander dan de schuldenaar worden nagekomen, tenzij haar inhoud of strekking zich daartegen verzet* ».

Selon cette disposition, tout tiers peut s'acquitter de la dette à la place du débiteur, sauf si le créancier a un intérêt à s'y opposer au regard de la nature ou de la portée de l'obligation à exécuter[1126]. D'autres dispositions précisent parfois la portée de ce principe. Il en va ainsi pour

---

[1120] *Ibidem.*
[1121] Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J.A. VAN DAMME.
[1122] Nous soulignons. Voy. : Cass., 28 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, spéc. p. 241.
[1123] Cass., 2 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 252.
[1124] *Ibidem*, spéc. 253.
[1125] *Ibidem.* Voy. not. sur cette décision : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 583-584, n° 637 ; E. LOUSBERG, « Paiement », in *Chroniques Notariales*, Y.-LELEU (éds.), vol. 59, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 133-135, n° 160 ; S. RUTTEN, « Over het recht van de schuldeiser om nakoming door een derde te weigeren: de schuldeiser is niet de hoeder van zijn betaler », obs. sous Cass. 2 février 2012, *R.W.*, 2014-2015, pp. 1160-1163.
[1126] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 154-158, nos 199-203 ; J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J. STOLKER et W.L. VALK, *Burgerlijk Wetboek. Tekst*

l'article 7:404 du *Burgerlijk Wetboek*, qui concerne les contrats portant sur des prestations intellectuelles (« *opdracht overeenkomsten* »), dont les avocats font notamment partie[1127]. Le libellé de cet article prévoit effectivement que *« Indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of een bedrijf uitoefent, is die persoon gehouden de werkzaamheden, nodig voor de uitvoering van de opdracht, zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren; alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer* ».

Une partie de la doctrine néerlandaise a conceptualisé deux sortes de services personnels sur la base de ces articles. *Primo*, selon ces auteurs, les services très personnels (« *hoogstpersoonlijke dienstverlening* ») imposent au débiteur de s'acquitter de la dette en personne[1128] : ainsi en est-il des services qui reposent sur une forte liberté artistique, créative ou religieuse, tels que « *Het optreden door een begenadigd musicus, het schilderen van een portret door een befaamd schilder, het schrijven van een proefschrift* »[1129]. *Secundo*, il arrive que l'exécution d'autres services puisse s'appuyer sur une expertise spécifique, sans cependant supposer une relation étroite entre le contenu de l'obligation et la personnalité de son débiteur ; il s'agit alors de services simplement personnels (« *niet-hoogstpersoonlijke dienstverlening* »). Par exemple, « *Hierbij valt te denken aan de verbintenis die een arts, advocaat, of (tuin)architect moet uitvoeren als de wederpartij bewust met deze partij heeft gecontracteerd vanwege haar kennis of kunde* »[1130]. Il est alors admis que le prestataire peut se faire assister par un agent d'exécution qui agit sous ses ordres et sous sa responsabilité[1131]. A.S. Hartkamp et C.H. Sieburgh considèrent ainsi que « Er zijn verschillende graden. *Nu eens is de band zó nauw, dat de prestatie geheel door de schuldenaar persoonlijk moet worden verricht (zoals het schilderen van een portret), dan weer is hij iets minder eng in zoverre dat de schuldenaar zich door anderen kan doen bijstaan (de chirurg bij een operatie), soms ook is hij nog losser, zodat voldoende is, dat de schuldenaar de algemene leiding heeft en anderen de prestatie feitelijk verrichten (het schilderen van een huis*) »[1132].

2° En droit suisse, dans le sillage de ces principes, l'article 68 du Code des obligations prévoit également que « Le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même ».

& commentaar. Boeken 6, 7, 8 en 10, 9e éd., Deventer, Kluwer, 2011, p. 2467 ; C.J.H. BRUNNER et G.T. DE JONG, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 63, n° 80.

[1127] Les services portant sur des prestations matérielles – les « *aannemingsovereenkomsten* » – ne font généralement pas partie des *persoonlijke dienstverlening*. Voy. sur cette question et pour une opinion en sens inverse : M.A.M.C. VAN DEN BERGH, *Bijzondere overeenkomsten. Aanneming van werk*, deel VI, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2013, p. 134, n° 84.

[1128] T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 111, n° 123 ; D. HAAS, « De aard van de verbintenis tot persoonlijke dienstverlening: minder bijzonder dan gedacht », *R.M. Themis*, 2010, p. 162, n° 2.

[1129] D. HAAS, « De aard van de verbintenis tot persoonlijke dienstverlening: minder bijzonder dan gedacht », *R.M. Themis*, 2010, p. 162, n° 2.

[1130] *Ibidem.*

[1131] T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 110-111, nos 122-123.

[1132] Nous soulignons. Voy. à ce titre : A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 157, n° 203.

Cette disposition se trouve à la base d'une règle d'interprétation favorable au débiteur. Selon la doctrine suisse, la personne du *solvens* reste normalement indifférente lors du paiement d'une dette[1133]. Cette idée se justifie aussi par le fait que certains contrats spéciaux connaissent une présomption inverse : il en va notamment ainsi pour le contrat de travail, pour le contrat d'entreprise et pour le contrat de mandat[1134]. Dans ce cadre, l'article 364, alinéa 2, du Code des obligations prévoit que « L'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage en personne ou de le faire exécuter sous sa direction personnelle, à moins que, d'après la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne soient sans importance ». L'utilité de cette présomption ne fait pas toujours l'unanimité : P. Gauch souligne notamment qu'elle constitue « une relique de la genèse de l'art. 364, al. 2 CO et [qu'elle] s'adapte mal à l'économie moderne fondée sur la division du travail. En accord à cette présomption, c'est à l'entrepreneur qu'incombe le *fardeau de la preuve* dans la mesure où il affirme que l'exécution de l'ouvrage ne dépend pas de "ses aptitudes personnelles" »[1135].

Toutefois, certains écrivent que le débiteur peut s'adjoindre le service d'auxiliaires malgré la présence d'une présomption d'exécution personnelle[1136]. Cette dernière ne s'impose qu'en présence d'une prestation très hautement personnelle[1137] (« *höchstpersönliche Leistungsplicht* »[1138]). P. Gauch et M. Schraner enseignent qu'une telle prestation se rencontre, par exemple, quand « le débiteur doit s'exécuter en personne lorsque la prestation est à ce point marquée par ses qualités individuelles (physiques, professionnelles, intellectuelles, morales) qu'un tiers ne peut la fournir sans en modifier le contenu »[1139]. L'exemple de la réalisation d'une œuvre d'art en fait partie[1140].

[1133] U. LEU, *Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 6e éd., in *Basler Kommentar*, H. HONSELL, N.P. VOGT et W. WIEGAND (éds.), Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 510, n° 1 ; D. GUGGENHEIM, *Le droit suisse des contrats*, t. II, *Les effets du contrat*, Genève, Georg, 1995, p. 14 ; P. GAUCH et M. SCHRANER, *Obligationenrecht. Der Erfüllung der Obligationen. Art. 68-83 OR*, vol. 1e, 3e éd., in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, Zürich, Schulthess, 1991, p. 31, n° 3.

[1134] Voy. not. pour le libellé de l'article 398, alinéa 3, du Code de droit des obligations : « Il [*i.e.* le mandataire] est tenu de l'exécuter [*i.e.* le mandat] personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs » ; de même, s'agissant du contrat de travail, l'article 321 du Code de droit des obligations énonce que « Le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances ».

[1135] P. GAUCH, *Le contrat d'entreprise*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 619, n° 617.

[1136] P. TERCIER, *Le droit des obligations*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 1999, p. 134, n° 781 ; D. GUGGENHEIM, *Le droit suisse des contrats*, t. II, *Les effets du contrat*, Genève, Georg, 1995, p. 20.

[1137] P. TERCIER, *Le droit des obligations*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 1999, p. 134, n° 781.

[1138] P. GAUCH et M. SCHRANER, *Obligationenrecht. Der Erfüllung der Obligationen. Art. 68-83 OR*, vol. 1e, 3e éd., in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, Zürich, Schulthess, 1991, p. 34, n° 29. Voy. également à ce propos : R.H. WEBER, *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Erfüllung der Obligation. Art. 68-96 OR*, t. 1.4, 2e éd., in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, vol. VI, H. HAUSHEER (éd.), Berne, Stämpfli Verlag, 2005, pp. 68-69, n° 24.

[1139] Traduction libre. Voy., à cet égard, en Allemand : « *Der Schuldner hat persönlich zu erfüllen, wenn die Leistung so stark durch seine individuellen (physischen, fachlichen, geistigen, moralischen) Eigenschaften geprägt ist, dass sie nicht ohne Veränderung des Inhalts von einem Dritten erbracht werden kann* » (P. GAUCH et M. SCHRANER, *Obligationenrecht. De Erfüllung der Obligationen. Art. 68-83 OR*, vol. 1e, 3e éd., in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, Zürich, Schulthess, 1991, p. 33, n° 15). Voy. not. pour une définition similaire des *höchstpersönliche Leistungsplicht* : U. LEU, *Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 6e éd., in *Basler Kommentar*, H. HONSELL, N.P. VOGT et W. WIEGAND (éds.), Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 510, n° 3.

[1140] D. GUGGENHEIM, *Le droit suisse des contrats*, t. II, *Les effets du contrat*, Genève, Georg, 1995, p. 20.

§3. – Conclusion intermédiaire

183. Base : exécution personnelle du débiteur en présence d'un contrat *intuitu personae*. – Selon la logique des articles 1236 et 1237 du Code civil, les tiers peuvent exécuter l'obligation à la place du débiteur, à moins que le créancier ait un intérêt légitime et propre à s'y opposer.

Une partie de la doctrine apprécie classiquement le principe de l'exécution personnelle à l'aune de la nature *intuitu personae* de certaines conventions : aussi un débiteur doit-il toujours s'exécuter personnellement en présence d'un tel contrat ; ses qualités ont effectivement déterminé le consentement du créancier, de sorte qu'un tiers ne peut pas exécuter le contrat (*supra*, n° 177).

Peu d'exemples illustrent cette approche de l'exécution personnelle. Dans la plupart des situations, les auteurs pensent que l'*intuitus personae* fait obstacle à l'exécution des contrats de prestation de services par un tiers ; de même, pour d'aucuns, tel est le cas des conventions conclues par les artistes. Il est vrai qu'un peintre ou un chanteur doit s'exécuter en personne (*supra*, n° 178).

184. Axes d'amélioration : une approche plus méthodique et plus flexible. – Nous avons suggéré de nuancer la place attribuée à l'*intuitus personae* au sein de l'article 1237 du Code civil.

En effet, l'approche classique peut faire l'objet de deux axes d'amélioration.

Une partie de la doctrine propose d'abord d'analyser l'intensité de l'*intuitus personae* de façon plus méthodique dans chaque espèce. Selon plusieurs auteurs, la force avec laquelle ce caractère s'exprime varie en pratique : si l'exécution d'une obligation ne se conçoit parfois pas sans son débiteur, il existe d'autres situations où ses qualités ne constituent qu'une garantie d'exécution. Dans ce cas, un tiers nanti de compétences équivalentes peut s'acquitter de la dette à sa place. Il convient donc d'analyser *in concreto* l'intensité de l'*intuitus personae* pour déterminer si le créancier dispose d'un intérêt légitime à s'opposer au paiement d'un tiers (*supra*, n° 180).

L'approche classique focalise également son attention sur la figure du contrat. Toutefois, en pratique, toutes les obligations n'ont pas la même intensité au sein d'une convention *intuitu personae* : il y a ainsi un intérêt à analyser l'intensité de ce caractère à l'échelle de chaque obligation afin de décider quand le créancier a intérêt légitime à l'exécution personnelle. En outre, dans d'autres cas, la Cour de cassation a rappelé que le créancier pouvait s'opposer à ce qu'un *tiers précis* exécute une obligation à la place de son débiteur. Le principe de l'exécution personnelle se justifie alors parfois en raison de motifs relatifs à la personnalité du tiers payeur (*supra*, n° 181).

185. Proposition : une approche concrète de l'exécution personnelle du débiteur. – En conclusion, compte tenu des réflexions émises par une partie de la doctrine, nous pensons qu'il est utile d'opter pour une approche plus concrète de l'*intuitus personae* dans le cadre de l'exécution personnelle. L'intérêt du créancier dépend alors, en règle, de certaines circonstances de la cause.

Dans une seconde section, nous démontrerons que le créancier peut avoir un intérêt à l'exécution personnelle sur la base de motifs liés à la *nature de l'obligation* à accomplir, c'est-à-dire en présence d'un *intuitus personae* intense. Certains outils interprétatifs permettent d'apprécier l'intensité de ce caractère. La référence à la volonté expresse des parties, à l'objet des obligations du débiteur ou à la relation des cocontractants en font notamment partie. Dans ce cadre, nous verrons qu'une approche objective ne disparait pas totalement : la référence à la nature abstraite de la prestation du débiteur, à la loi et aux usages complète le panel de ces outils (*infra*, n^{os} 186-219).

Enfin, dans une troisième section, nous montrerons que l'exécution personnelle du débiteur se justifie parfois au départ de motifs relatifs à la personnalité du tiers *solvens*. Nous verrons que d'autres circonstances peuvent encore fonder l'application de l'article 1237 du Code civil. Tel est le cas, par exemple, d'un accord conclu entre le créancier et le débiteur (*infra*, n^{os} 220-231).

Section 2. L'exécution personnelle justifiée par des motifs liés au contenu de l'obligation du débiteur

186. Plan. – Dans cette section, nous découvrirons d'abord les principes qui permettent au créancier de se prévaloir d'un intérêt à l'exécution personnelle tant en présence qu'en l'absence d'une clause contractuelle (**§1er**). Ensuite, nous les appliquerons au paiement d'un tiers ou d'un agent d'exécution du débiteur *intuitu personae* (**§2**). Enfin, dans un dernier paragraphe, nous analyserons leurs effets dans le cadre du mandat et des contrats conclus par les sociétés (**§3**).

§1er. – Fondements de l'intérêt du créancier à l'exécution personnelle du débiteur

187. Clauses contractuelles et théorie de la réification du débiteur. – Tout d'abord, nous donnerons un aperçu des clauses relatives à l'exécution des obligations par un tiers (**A**). Nous verrons également les fondements qui permettent au créancier d'invoquer l'article 1237 du Code civil en l'absence d'une stipulation : il s'agit de la théorie de la réification du débiteur dans le contenu de son obligation (**B**). Dans un dernier point, nous donnerons un aperçu des différentes grilles de lecture dégagées par la doctrine afin de cerner l'intensité de l'*intuitus personae* (**C**).

A. Intérêt du créancier en présence d'une clause contractuelle

188. Clauses d'exécution personnelle. – Selon le principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent régler à l'avance la question de l'exécution des obligations du débiteur par un tiers.

Dans cette logique, il arrive que les cocontractants interdisent l'intervention d'un agent d'exécution ou de tout autre tiers dans l'exécution des obligations du débiteur. Rien ne s'oppose à ce qu'un contrat indique que « Les travaux seront exécutés par A qui s'interdit d'en sous-traiter à quiconque tout ou partie »[1141] ; de même, les parties peuvent énoncer « qu'en raison du caractère *intuitu personae* du contrat, le Prestataire ne peut sous-traiter tout ou partie de sa mission ou de son exécution à un tiers sans l'accord préalable et écrit du maitre de l'ouvrage »[1142]. Si ces clauses confèrent une large protection au créancier, ce dernier ne peut pas abuser de leur exercice[1143].

Les parties attribuent parfois explicitement un *intuitus personae* de haute intensité aux obligations du débiteur afin d'empêcher le paiement d'un tiers. Aucune formule sacramentelle ne s'impose à cet effet. Une prescription du contrat peut prévoir que « Le contrat est strictement personnel dans le chef de X »[1144]. Toutefois, à notre sens, le fait de préciser que « le contrat est conclu *intuitu personae* » n'implique pas, *à lui seul*, l'exécution personnelle des obligations du débiteur ; la présence d'une telle clause ne confère pas automatiquement une haute intensité à ce caractère. En effet, afin d'atteindre ce résultat, il faut interpréter la volonté des cocontractants et donc combiner la clause en question avec d'autres éléments de la convention (*infra*, nos 198-204).

[1141] P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2005, p. 478, n° 1239.

[1142] *Ibidem.*

[1143] Voy. sur l'abus des clauses de refus d'agrément dans les fusions, cessions et substitutions de cocontractants en droit français : P.-Y. BÉRARD, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *RTD. com.*, 2007, pp. 298-304, nos 40-504 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 521-531, nos 714-726.

[1144] Voy. not. pour d'autres clauses d'*intuitus personae* et d'exécution personnelle : P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, pp. 555-557, nos 987-989 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2005, pp. 478-479, nos 1239-1240.

189. Clauses d'exécution personnelle atténuées. – En pratique, les cocontractants peuvent aussi interdire partiellement l'intervention d'un tiers ou la soumettre à certaines conditions.

De ce fait, il est possible qu'une stipulation contractuelle précise que le paiement par un tiers reste possible à la condition que ce dernier dispose de qualités précises afin de l'effectuer : ainsi en est-il si « Le présent contrat est conclu en fonction des qualités du partenaire. Ce dernier aura, toutefois, la faculté de sous-traiter ses obligations, dans les trois mois de la signature du présent accord, à toute personne morale dont il détiendra plus de 50% des droits de vote » [1145].

Les parties peuvent également consacrer un *intuitus personae* de faible intensité qui n'exclut pas le paiement par autrui. Dans un contrat de maintenance, elles peuvent ainsi écrire que « Les compétences annoncées par le Prestataire, les assurances fournies par lui quant à la disponibilité de ses équipes et les conditions de prestation de service et délais d'intervention proposés par le Prestataire ont été déterminants dans le choix de cette dernière par le client » [1146]. Un tiers doté de ces capacités peut exécuter la prestation du débiteur. À notre sens, cette idée vaut aussi pour des qualités plus subjectives : si un contrat indique « X conclut le contrat avec B sur la base de la confiance qu'il a en sa capacité, sa réputation et son honorabilité »[1147], un tiers doté de capacités, d'une réputation et d'une honorabilité comparables à celle du débiteur pourra s'exécuter.

B. Intérêt du créancier en l'absence de clause contractuelle

190. Paiement satisfactoire et contenu de l'obligation. – Pour la Cour de cassation, en l'absence de clause d'exécution personnelle ou en présence d'un doute sur sa portée, le créancier peut s'opposer au paiement d'un tiers à la condition qu'il démontre l'existence d'un intérêt légitime inhérent à la *nature de l'obligation*, dont il se déduit que seul le débiteur peut l'exécuter[1148].

Les travaux préparatoires du Code civil permettent d'éclairer ces propos.

La *ratio legis* de l'article 1236 du Code civil apporte effectivement une première précision. Selon les rédacteurs du Code, le droit au paiement des tiers se justifie par la volonté de protéger les personnes intéressées à l'exécution de la dette du débiteur ainsi que par le désir de favoriser la libération du débiteur[1149]. Cependant, dans les deux cas de figure, le paiement par un tiers ne se conçoit que lorsque « Le créancier est désintéressé »[1150], étant donné que « les droits du créancier ne peuvent jamais être diminués sans son consentement »[1151] ; un tiers ne peut donc imposer le paiement au créancier qu'à partir du moment où il présente un *caractère satisfactoire*[1152]. Il s'agit

---

[1145] Clause adaptée de l'ouvrage de P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE (*Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2005, p. 479, n° 1240).

[1146] P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, p. 555.

[1147] Voy. pour de telles clauses d'*intuitus personae* : J. CALVO, « Les clauses d'*intuitus personae* dans les contrats commerciaux », *L.P.A.*, 5 juillet 1996, n° 81, pp. 10 et suivantes.

[1148] Cass., 2 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 252, *R.W.*, 2014-2015, p. 1659, note S. RUTTEN ; Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J.A. VAN DAMME.

[1149] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, pp. 461-462, n° 6.

[1150] *Ibidem*, p. 462, n° 7.

[1151] *Ibidem.*

[1152] Voy. not. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 579, n° 633 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 378-379, n° 420. Voy. not. en droit français : C. DESCHAMP-POPULIN, *La cause du paiement*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 307, n° 315 ; A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 86, n° 104 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*,

du cas lorsque le tiers paie la somme exacte promise par le débiteur ou quand il exécute une obligation de *facere* – comme construire un mur – selon les prévisions initiales des cocontractants.

Cette idée s'inscrit dans le sillage de l'article 1243 du Code civil, aux termes duquel « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande ». Il revient à C. Demolombe d'avoir expliqué le lien qui relie l'article 1243 à l'article 1237 du Code civil : ainsi cet auteur a-t-il écrit que « C'est ainsi [que le débiteur] doit offrir au créancier la chose elle-même, qui lui est due, et non pas une autre (art. 1243 [du Code civil]). Tel est le principe sur lequel est fondée la disposition de l'article 1237 »[1153]. De la sorte, le paiement d'un tiers revêt un caractère satisfactoire dès lors qu'il correspond à ce que les cocontractants ont prévu à la base ; si le paiement du tiers diminue ou augmente les droits du créancier sans son accord, il modifie le contenu l'obligation initiale[1154].

191. Intensité de l'*intuitus personae* par référence au contenu de l'obligation à exécuter. – À notre sens, la référence au caractère satisfactoire du paiement et à l'interdiction de la modification du contenu de l'obligation permet de conceptualiser un *intuitus personae* à deux intensités.

1° Il y a place pour un *intuitus personae* au sens strict – *stricto sensu* – de haute intensité.

Pour N. Catala, il s'agit du cas lorsque le débiteur entretient un lien si étroit avec son obligation que ses « qualités personnelles *participent en quelque sorte de la prestation*, s'incorporent à elle et en sont un des éléments essentiels »[1155]. Un *intuitus personae* au sens strict existe donc, en principe, lorsqu'il apparait concrètement que le débiteur se « réifie »[1156] dans le contenu de son obligation[1157]. Dans cette situation, seul cet exécutant peut accomplir la prestation promise de façon satisfactoire, c'est-à-dire la payer comme les cocontractants l'ont initialement conçue ; à l'inverse, un tiers modifie nécessairement son contenu s'il s'en acquitte à sa place.

P. Van Ommeslaghe résume cette idée, en écrivant qu'un *intuitus personae* au sens strict s'observe quand « l'intervention personnelle du débiteur est tellement essentielle que le paiement ne se conçoit pas sans elle »[1158] et que « Tel est le cas, par exemple, de l'exécution d'une œuvre

---

Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 10, n° 14 ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 23.

[1153] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 70, n° 75.

[1154] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 243, n° 432 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 270, n° 395 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1865, p. 144, n° 3.

[1155] N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 24. Voy. dans le même sens : A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *J.C.P.*, G, 2008, I, p. 15, n^{os} 6-7 ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 210, n° 252 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 140, n° 102.

[1156] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28.

[1157] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 577, n° 632 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 366-367, n° 404 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 135-136, n° 115. Voy. not. en droit français à cet égard : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 210, n° 252 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 270, n° 934 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28.

[1158] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401.

musicale par un artiste »[1159]. Dans le même sens, c'est pour cette raison qu'un peintre de renom s'incorpore dans la toile qu'il doit réaliser et qu'il ne peut donc pas déléguer cette obligation[1160].

2° Il existe aussi un *intuitus personae* au sens large – *lato sensu* – de plus faible intensité.

Cette seconde sorte d'*intuitus personae* se rencontre lorsque les qualités du débiteur déterminent certes le consentement du créancier, mais pas au point de s'incorporer dans la prestation qu'il doit accomplir ; un tiers nanti de qualités équivalentes à celles du débiteur initial peut donc payer de façon satisfactoire à sa place. Dans cette logique, le créancier ne peut pas se prévaloir de l'article 1237 du Code civil si le paiement du tiers lui apporte satisfaction. Toutefois, à cet effet, le tiers ne peut pas modifier les termes de l'obligation initiale[1161] : il ne peut s'exécuter à la place du débiteur que s'il dispose d'un « pouvoir libératoire identique » à celui-ci[1162].

Par exemple, un tiers peut rembourser le crédit de son ami sans énerver le caractère *intuitu personae* de cette convention ; de même, si la considération de la personne repose sur un agrément ou une certification précise, un tiers doté de cette qualité interchangeable peut s'acquitter de la dette du débiteur sans modifier le contenu de l'obligation à remplir[1163]. Dans ces deux cas de figure, selon P. Van Ommeslaghe, « La personne du débiteur, appréciée dans certaines de ses qualités et non dans son individualité originale, n'est alors qu'une garantie d'exécution, comme l'est d'ailleurs plus généralement la solvabilité du débiteur d'une obligation pécuniaire »[1164].

3° Enfin, il convient de rappeler que d'autres ordres juridiques se réfèrent également au contenu de l'obligation afin de cerner l'intensité de l'*intuitus personae*.

En droit suisse, P. Gauch et M. Schraner pensent qu'il existe un *höchstpersönliche Leistungsplicht* lorsque « le débiteur doit s'exécuter en personne lorsque la prestation est à ce point marquée par ses qualités individuelles (physiques, professionnelles, intellectuelles, morales) qu'un tiers ne peut la fournir sans en modifier le contenu »[1165]. L'exemple classique du peintre de renom entre dans ces services hautement personnels qui excluent l'intervention des tiers (*supra*, n° 182).

[1159] *Ibidem.*

[1160] Voy. not. sur cet exemple classique : P.A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services : obligations des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 133, n° 13 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 395, n° 400. Voy. en droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 97, n° 103 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 596, n° 542.

[1161] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 367, n° 404. Voy. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63.

[1162] P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD. Civ.*, 1945, p. 84, n° II.

[1163] Voy. sur le caractère objectif des qualités à la base de l'*intuitus personae* : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 196, n° 421 ; Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 33 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 171-172, n° 308 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 22, n° 24.

[1164] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2024, n° 1401.

[1165] P. GAUCH et M. SCHRANER, *Obligationenrecht. De Erfüllung der Obligationen. Art. 68-83 OR*, vol. 1e, 3e éd., in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, Zürich, Schulthess, 1991, p. 33, n° 15.

S'agissant des instruments d'harmonisation du droit des contrats, le commentaire de l'article III. – 2:107 du *Draft Common Frame of Reference* s'inscrit également dans une approche comparable. Cette disposition prévoit que « *Where personal performance by the debtor is not required by the terms regulating the obligation, the creditor cannot refuse performance by a third person […]* ». Ainsi, à suivre le commentaire de ce texte, « *There are, however, situations where the creditor is entitled to refuse performance by a third party. [...] There are also situations where it follows from* the nature or purpose of the obligation *that it cannot be performed vicariously* »[1166]. Dans cet ordre d'idées, « *Where in contracts for the performance of personals services it can be inferred that the debtor has been selected to perform because of skills, competence or other personal qualifications, the creditor may refuse performance by a third person* »[1167].

C. Panorama des grilles de lecture de l'intensité de l'*intuitus personae*

192. Grilles de lecture en tant que guides pour l'appréciation concrète de l'intensité de l'*intuitus personae*. – En droit belge, la portée d'une obligation se détermine *in concreto* au regard de la volonté des cocontractants[1168]. L'étendue de l'*intuitus personae* suit également cette logique : il s'agit ainsi d'une question de fait sur laquelle les juridictions statuent souverainement[1169].

Dans ce cadre, la charge de la preuve de l'intensité de l'*intuitus personae* repose sur celui qui l'invoque. Il appartient donc, en principe, au créancier de prouver qu'une obligation revêt ce caractère avec une haute intensité afin qu'il puisse invoquer un intérêt à l'exécution personnelle[1170]. P. Brulez rappelle, à ce sujet, que « *Men dient naar de gemeenrechtelijke bewijsregeling terug te keren. De contractpartij die het intuitu personae wil inroepen, moet daarvan het positieve bewijs leveren. De loutere kwalificatie van een overeenkomst kan op zich niet volstaan* »[1171].

Toutefois, il est vrai que le fait de déterminer l'intensité de la considération de la personne représente une gageure pour les cours et tribunaux, parce que la question revient essentiellement à examiner ce que les cocontractants recherchent dans chaque espèce. Afin de pallier cette difficulté, certains auteurs belges et français ont conçu des instruments destinés à rendre compte simplement des variations de la volonté des parties. Ces outils constituent des *grilles de lecture* de leur volonté.

[1166] Nous soulignons. Voy. à cet égard : C. VON BAR et E. CLIVE (éds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. 3, Munich, European Law Publishers, 2009, p. 740.

[1167] *Ibidem.*

[1168] Voy. not. sur cette question : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 165, n° 16 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 236-237, n^{os} 8-9. Voy. not. en droit français : A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 88, n° 106 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 142, n° 104.

[1169] Voy. dans le sens de l'appréciation concrète de l'*intuitus personae* : Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 307 ; Cass., 24 mai 1878, *Pas.*, 1878, I, p. 274. Cette idée se conçoit également pour l'appréciation de l'intensité de ce caractère.

[1170] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 366, n° 403 ; P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 295. Voy. dans un sens similaire : B. TILLEMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, *Bruikleen, bewaargeving en sekwester*, vol. C, Anvers, Kluwer, 2000, p. 26-27, n° 42 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 25, n° 12.

[1171] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 366, n° 403.

193. Première grille : le débiteur dans l'objet et dans la cause de l'obligation. – En droit français, M. Contamine-Raynaud a montré que l'*intuitus personae* entretient un rapport étroit avec l'objet de la convention. Selon elle, ce caractère comporte une haute intensité « [s'il] y a en quelque sorte incorporation de la personnalité du co-contractant dans l'objet même de la prestation »[1172].

Plusieurs auteurs français ont rejoint cette analyse[1173]. Afin d'apprécier l'intensité de l'*intuitus personae*, L. Aynès a écrit qu'il faut déterminer si le débiteur s'incorpore – ou non – dans l'objet de son obligation. Dans le premier cas, il existe un *intuitus personae* au sens strict du terme, qui justifie un intérêt à l'exécution personnelle ; dans le deuxième, le débiteur représente uniquement une garantie de l'exécution : il y a alors un *intuitus personae* au sens large du terme[1174].

De surcroit, L. Aynès pense « [qu'à] côté des contrats dont l'objet même est la personne de l'un des cocontractants, prennent place les contrats dont l'obligation principale est "causée" par la personne de l'un des cocontractants. La justification de l'obligation principale doit alors être recherchée non dans la considération économique, objectivement appréciée, mais dans l'appréciation affective de la personne du cocontractant »[1175]. Partant, ajoute-t-il, une partie s'incorpore dans la cause de l'obligation d'un contrat de bienfaisance. Par exemple, cet auteur cite le contrat de commodat, de mandat et de cautionnement rendus en tant que services d'amis[1176].

Une partie de la doctrine belge a rallié cette grille de lecture[1177] : P. Van Ommeslaghe enseigne qu'il existe un *intuitus personae* au sens large quand « la personnalité du cocontractant n'est pas incorporée dans l'objet ou la cause même de la prestation contractuelle, mais qu'elle a été prise en considération pour d'autres raisons, extérieures à cet objet ou à cette cause »[1178].

194. Deuxième grille : l'*intuitus personae* objectif et subjectif. – Un autre courant doctrinal français a récemment proposé une analyse plus originale de l'intensité de l'*intuitus personae* : l'étendue de ce caractère dépend principalement de sa nature subjective ou objective.

En effet, à suivre ces auteurs, un *intuitus personae* subjectif revêt toujours une haute intensité. Tel est le cas lorsque ce caractère se fonde sur un sentiment de confiance ou d'affection[1179]. En l'occurrence, le débiteur s'incorpore dans le contenu de son obligation, de sorte qu'un tiers ne peut pas le remplacer : « L'*intuitus personae* subjectif consiste en une véritable

---

[1172] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 31, n° 26.

[1173] Voy. not. en faveur de cette grille de lecture : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *Juris-Classeur. Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n° 35 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 41-43, n° 57 ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, LG.D.J., 1999, p. 210, n° 252 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 136-138, n^{os} 143-145.

[1174] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 233-242, n^{os} 335-354.

[1175] *Ibidem*, p. 234, n° 337.

[1176] *Ibidem*.

[1177] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 577, n° 632 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 32-33, n^{os} 27-28.

[1178] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2024, n° 1401.

[1179] D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 44, n° 60 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 170, n° 307.

individualisation de l'obligation, c'est-à-dire en une intégration de la personnalité d'un individu déterminé dans l'objet de celle-ci »[1180]. Le bail à nourriture illustre notamment cette idée[1181].

En revanche, un *intuitus personae* objectif présente nécessairement une faible intensité. Le créancier n'a alors égard qu'à certaines qualités précises de son débiteur, sans réel intérêt pour son identité propre[1182] ; il ne s'attache donc pas de façon exclusive à la personne du *solvens*. Un tiers peut remplacer l'exécutant initial pour autant qu'il dispose de qualités équivalentes. Pour D. Krajeski, « Dans les contrats comportant ce type d'*intuitus personae*, la finalité contractuelle est la priorité absolue. Le cocontractant a été choisi car il semblait présenter les meilleures garanties pour parfaire l'achèvement de la mission qui lui a été confiée. Il en va ainsi pour les contrats d'ingénierie, au moins dans la phase de réalisation, de maintenance, de prêt, d'entreprise et de bail »[1183].

Peu d'auteurs belges ont explicitement souscrit à cette grille de lecture[1184]. Par exception, concernant les donations avec charges, S. Rutten a souligné que « *is het intuitus personae het sterkst en bovendien zuiver subjectief, want gegrond op gevoelens jegens de wederpartij* »[1185], alors que « *Daarnaast zijn er nog de intuitu personae-overeenkomsten ten bezwarende titel, waarbij het intuitu personae-karakter minder intens is en als objectief kan worden aangemerkt* »[1186].

195. Troisième grille : le débiteur comme garant de la qualité ou de la réalité de l'exécution. – Un dernier courant doctrinal fait le départ entre deux sortes d'*intuitus personae* : l'un viserait la *qualité* de l'exécution, tandis que l'autre se réfèrerait à la *réalité* de l'exécution.

Dans ce cadre, il existe un *intuitus personae* au sens strict dès lors que le débiteur garantit la qualité de l'exécution : ainsi F. Valleur écrit-t-il que si « la personne du débiteur a été choisie pour la qualité de l'exécution de l'obligation, pour la coloration que la mise en œuvre de ses aptitudes professionnelles donnera à l'exécution de son obligation, le créancier ayant intérêt à ce que l'obligation soit l'œuvre personnelle du débiteur, [il] pourra refuser le paiement du tiers »[1187]. Tel est le cas pour contrats passés avec les médecins, avec les avocats ou avec les sportifs[1188].

Toutefois, dans d'autres circonstances, « si l'*intuitus personae* de confiance est relatif seulement à la garantie de l'exécution si la personne du débiteur n'a été choisie que pour garantir le paiement, le créancier ne pourra en principe invoquer l'article 1237 du Code civil »[1189]. Par exemple, rien ne s'oppose à ce qu'un tiers rembourse le montant du prêt contracté par son ami dans

---

[1180] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 21, n° 23.
[1181] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 249, n° 250.
[1182] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 32 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 21, n° 23.
[1183] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 247, n° 438.
[1184] Voy. not. dans ce sens : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 281, n° 214 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 30-31, n° 39.
[1185] S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 30, n° 39.
[1186] *Ibidem.*
[1187] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 253, n° 97.B.
[1188] *Ibidem.* Voy. également dans un sens similaire en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72
[1189] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 253, n° 97.B.

le besoin[1190] ; de même, selon les partisans de cette grille de lecture, le débiteur garantit la réalité de l'exécution des obligations issues d'un contrat d'entreprise, de cautionnement ou de mandat[1191].

Cette grille s'observe peu en droit belge[1192]. À titre d'exception, selon R. Steennot, « *Wat het intuitu-personaekarakter betreft, wordt geargumenteerd dat de intensiteit van het intuitu-personaekarakter van de verbintenis kan verschillen. Is het intuitu personae karakter minder intens en waarborgt het enkel de* waarschijnlijkheid van de nakoming *van de verbintenis ten bezwarende titel, dan kan de schuldeiser er zich niet tegen verzetten dat de verbintenis door een derde wordt nagekomen (bv. aannemeing (sic) van werk). Vormt het intuitu personae daartegen een waarborg voor de* kwaliteit van de uitvoering *van de verbintenis, dan is een persoonlijke nakoming door de schuldenaar wel vereist, omdat de inbreng van de persoonlijkheid van de schuldenaar onlosmakelijk verbonden is met de nakoming van de verbintenis. Het betreft gevallen waarin de persoonlijkheid van de schuldenaar deel uitmaakt van de overeenkomst* »[1193].

196. Appréciation critique des grilles de lecture. – À notre sens, si les grilles de lecture présentent l'avantage de rendre compte simplement de l'intensité de l'*intuitus personae*, ces outils n'ont pas pour objectif de retranscrire exactement la réalité contractuelle : il faudrait encore les affiner pour qu'ils puissent y arriver. Dans ce cas, ils perdraient tout leur intérêt pédagogique.

La distinction existant entre les obligations de moyens et de résultat illustre ce propos[1194]. Cette classification permet de saisir facilement l'intensité de l'obligation qui pèse sur le débiteur. Pourtant, cet outil n'a rien de parfait. Dans nombre de cas, pour déterminer exactement l'intensité de l'obligation, il faut réfléchir plus loin et examiner *in concreto* la volonté des cocontractants[1195].

Cette observation se vérifie aussi pour les grilles de lecture de l'*intuitus personae*.

1° En effet, il convient de remarquer que la distinction entre l'*intuitus personae* objectif et subjectif ne rend pas toujours adéquatement compte de l'intensité de ce caractère.

Cette grille de lecture comporte une large part de vérité. Dans le titre dédié à la formation du contrat *intuitu personae*, nous avons effectivement vu que ce concept pouvait se fonder sur des qualités subjectives – moralité ou honorabilité – ou sur des qualités objectives – diplôme, agrément ou certification. De la sorte, nous avons conclu que la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* oscillait entre liberté surveillée et liberté quasi-discrétionnaire (*supra*, n° 157).

Selon nous, cette grille de lecture comporte cependant une dose d'artifice lorsqu'il est question de l'intensité de l'*intuitus personae* : le fait qu'un contrat se fonde sur une part de

---

[1190] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 253, n° 97.B.

[1191] S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 30-31, n° 39.

[1192] Voy. en faveur de cette grille de lecture en droit belge : R. STEENNOT, « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, p. 6, n° 6 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 30-31, n° 39.

[1193] Nous soulignons. Voy. : R. STEENNOT, « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, p. 6, n° 6.

[1194] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 50-53, n° 15-16 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 523-524, n° 547.

[1195] P. ESMEIN, « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, Paris, 1977, pp. 235-240, spéc. pp. 238-239. Voy. not. sur ce point : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 527-528, n° 550.

subjectivité n'implique pas, en principe, que le débiteur s'incorpore dans le contenu de ses obligations ; un *intuitus personae* au sens strict ne s'induit donc pas du *seul fait* que la confiance – ou toute autre qualité subjective – constitue l'élément déterminant de la relation contractuelle. Par exemple, si un contrat se fonde sur l'honorabilité, la réputation ou la moralité du débiteur, rien ne s'oppose à ce qu'un tiers nanti de qualités équivalentes puisse exécuter ses obligations.

2° Dans le même sens, nous ne pensons pas que l'intensité de l'*intuitus personae* puisse toujours se mesurer à la lumière d'une différence entre la qualité et la réalité de l'exécution. Cette approche ne présente généralement pas une grande utilité. L'exemple des obligations de *facere* en témoigne en pratique : s'agissant de ces d'obligations, leur créancier prend toujours la qualité de l'exécution un minimum en considération lorsque le débiteur s'exécute. Dès lors, il parait bien délicat d'apprécier clairement l'étendue de l'*intuitus personae* sur la base de cette distinction.

3° La théorie de la réification dans l'objet et la cause de l'obligation emporte davantage notre conviction. De ce fait, cette grille constituera la base de nos raisonnements ultérieurs.

La référence à l'objet de l'obligation concorde parfaitement avec la théorie de la réification du débiteur. En pratique, l'exécution de l'objet de certaines obligations contractuelles requiert un degré de technicité ou de créativité à ce point élevé qu'il est impensable qu'un tiers se substitue au débiteur ; à l'inverse, d'autres obligations peuvent contenir une prestation tout à fait banale, de sorte qu'un tiers peut très bien les exécuter. L'intensité de l'*intuitus personae* peut ainsi ressortir de l'examen des *particularités de l'objet* des obligations du débiteur (*infra*, n^os^ 198-201).

Selon cette grille de lecture, le débiteur s'incorpore aussi dans la cause de ses obligations. Nous ne souscrivons pas entièrement à cette affirmation qui constitue une anomalie sur le plan strictement technique. En effet, le débiteur *intuitu personae* représente toujours la cause subjective de l'engagement du créancier[1196], parce qu'il constitue par définition l'élément déterminant de son consentement[1197]. Cependant, à la réflexion, cette grille de lecture nous parait rappeler à bon droit que le créancier peut éprouver un haut degré de confiance ou d'affection envers son débiteur, au point qu'il ne peut pas imaginer qu'un tiers s'exécute à sa place[1198] : tel est notamment le cas en présence d'une donation avec charges. Un intérêt à l'exécution personnelle résulte donc parfois des *particularités de la relation* qui existe entre le créancier et le débiteur (*infra*, n^os^ 202-204).

§2. – Intérêt du créancier à l'exécution personnelle lors du paiement émanant d'un tiers ou d'un agent d'exécution

197. Référence à l'objet des obligations, à la relation des parties, à loi et aux usages. – Nous exposerons les outils qui permettent de mesurer l'intensité de l'*intuitus personae* et, de la sorte, de déterminer quand le créancier peut s'opposer au paiement d'un tiers ou d'un agent d'exécution. À notre sens, ces deux hypothèses peuvent faire l'objet d'un exposé commun, car peu de différences

---

[1196] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 115, n° 111.

[1197] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 91, n° 68 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149, n° 70 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 26, n° 33 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 431, n° 460*bis*.

[1198] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401. Voy. not. en droit français : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 312, n° 439 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234, n° 337.

les séparent pour l'application de l'article 1237 du Code civil : l'examen des particularités de l'objet des obligations du débiteur (**A**), des particularités de la relation des parties (**B**) et d'autres modes d'analyse objectifs – par exemple la loi ou les usages – s'imposent dans les deux cas (**C**).

Toutefois, s'agissant de l'intervention des agents d'exécution, il convient de remarquer qu'une partie de la doctrine belge fait parfois allusion à une spécificité. Certains écrivent que l'*intuitus personae* justifie que le débiteur assume personnellement la responsabilité contractuelle de ses auxiliaires[1199]. Une décision du Tribunal de première instance d'Anvers du 12 novembre 2007[1200] l'illustre. Cette affaire concerne la responsabilité d'un médecin pour une faute commise par son assistant lors d'une opération qu'il avait commencée à sa place. Partant, le Tribunal a décidé que « *Gelet op het intuitu personae-karakter van de overeenkomst tussen mevrouw A. en Dr. D. gebeurde de opdracht door Dr. M. onder de volledige verantwoordelijkheid van Dr. D.* »[1201].

Cette opinion n'emporte pas la conviction. Lorsqu'un agent d'exécution commet une inexécution, l'article 1797 du Code civil suffit pour mettre en cause la responsabilité du débiteur principal. Selon cette disposition, « L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie ». La Cour de cassation a d'ailleurs généralisé cette idée. Par un arrêt du 27 février 2003[1202], la Cour a affirmé que « lorsqu'une personne qu'un cocontractant s'est substituée pour exécuter une obligation contractuelle commet une faute dans l'exécution de cette obligation, le cocontractant est lui-même contractuellement responsable du dommage causé par cette faute au cocontractant »[1203].

A. Examen des particularités de l'objet des obligations du débiteur

198. Référence à la nature abstraite de l'obligation. – La référence à la nature abstraite d'une obligation – sans égard à sa formulation concrète – permet parfois de caractériser l'intensité de l'*intuitus personae*. C'est particulièrement vrai pour les obligations de *dare* et de *non facere*[1204].

1° En règle, la nature d'une obligation de *dare* exclut un *intuitus personae* au sens strict.

Un tiers ou un agent d'exécution peut toujours exécuter une telle obligation à la place du débiteur sans en modifier le contenu initial. Par exemple, une personne peut rembourser une partie du crédit dû par son ami ; une caution peut également payer la dette du débiteur principal choisi *intuitu personae* sans l'altérer de quelque manière qu'il soit[1205]. La fongibilité naturelle d'une

---

[1199] K. ANDRIES, « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 350 ; N. BROECKX, « De aansprakelijkheid van een (oog)arts voor de fout van een anesthesist-hulppersoon », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 322, n° 4 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, p. 136, n° 115 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 78, n° 89. Voy. en droit français : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 46, n° 62.

[1200] Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 307, note C.L.

[1201] *Ibidem*, spéc. p. 308.

[1202] Cass., 27 février 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 410.

[1203] *Ibidem*, spéc. p. 411.

[1204] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43, n° 10 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 27, n° 13 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 7, n° 11.

[1205] Voy. dans le cadre du cautionnement : A. LIMPENS, « Le cautionnement de dettes futures donnerait-il naissance en droit belge à une obligation de couverture », obs. sous Mons 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 159-160 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, Kluwer – Éd. Story-Scientia, 1999, pp. 21-22, nos 44-45.

obligation de donner autorise le paiement par un tiers[1206]. Lorsque la solvabilité colore ce type d'obligation, il s'agit ainsi toujours d'un *intuitus personae* au sens large : les capacités financières du débiteur constituent au maximum une garantie de la bonne d'exécution de cette obligation.

2° En revanche, le débiteur s'incorpore normalement dans son obligation de *non facere*.

D'aucuns pensent effectivement que le débiteur doit exécuter pareille obligation en personne, parce que son abstention constitue le résultat attendu par le créancier[1207]. En principe, la nature de cette sorte d'obligation implique donc la présence d'un *intuitus personae* au sens strict qui exclut l'intervention d'un tiers ou d'un agent d'exécution. J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau enseignent, à ce sujet, « [qu'il] va de soi que le créancier peut s'opposer à ce qu'un tiers prétende exécuter, à la place du débiteur, une obligation de ne pas faire contractée par celui-ci. Une telle obligation, qui consiste dans l'interdiction d'un fait précis (ne pas construire, ne pas faire concurrence), présente en effet un caractère personnel évident qui rend absurde son exécution par un tiers »[1208]. Un tiers ne peut pas exécuter l'obligation de non-concurrence du débiteur sans en modifier la teneur de base ; le paiement d'une obligation de confidentialité suit la même logique[1209].

Encore faut-il comprendre la portée de ces principes. *Primo*, il nous semble que la bonne foi impose à un tiers ou un à agent d'exécution de respecter l'abstention souscrite par le débiteur principal, bien qu'il ne l'ait pas personnellement contractée. Par exemple, le collaborateur d'un avocat doit s'abstenir de divulguer des éléments confidentiels d'un dossier que le *dominus litis* lui a confié. *Secundo*, selon certains auteurs, il apparait qu'une obligation de *non facere* requiert régulièrement de faire quelque chose[1210]. Dans ce cas, le débiteur peut déléguer l'exécution de la prestation de *facere* à son auxiliaire : aussi une banque peut-elle demander à l'un de ses employés de placer des documents dans un coffre afin de respecter son obligation de confidentialité[1211].

Une décision du Tribunal de commerce de Verviers du 24 novembre 1992 illustre ces principes[1212]. Une société franchisée a contracté une obligation de non-concurrence envers son franchiseur. Le dirigeant de cette société ouvre un commerce équivalent en son nom propre. Le franchiseur l'assigne en cessation. Dans cette affaire, le Tribunal a estimé que le dirigeant devait respecter la clause de non-concurrence de sa société : « c'est la personne physique dont les aptitudes et les compétences personnelles ont déterminé la conclusion du contrat qui répond au premier chef envers le franchiseur de l'exécution des obligations caractéristiques de la franchise,

---

[1206] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401. Voy. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 70 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 275-276, n° 401 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 149-150, n° 109.

[1207] K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, p. 139, n° 122. Voy. en droit français : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 96-97, n° 40.

[1208] J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542.

[1209] . GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542. Cons. en particulier au sujet des clauses de confidentialité : K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, p. 139, n° 122.

[1210] A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 126, n° 227.

[1211] *Ibidem.*

[1212] Comm. Verviers, 24 novembre 1992, *J.L.M.B.*, p. 963.

même si cette dernière est, au plan de la technique juridique, exploitée en société »[1213]. En conclusion, le Tribunal a ordonné la cessation de l'atteinte aux droits du franchiseur.

3° La nature abstraite des obligations de *facere* présente rarement de l'intérêt pour caractériser l'intensité de l'*intuitus personae*, compte tenu de leur grande variété en pratique.

Cependant, ce constat reçoit exception quand l'objet d'une obligation porte sur le corps de l'un des cocontractants : le débiteur constitue la condition *sine qua non* du paiement satisfactoire de cette obligation, puisqu'un tiers la modifie, en toute hypothèse, s'il décide de l'exécuter à sa place. Une telle obligation revêt donc naturellement un *intuitus personae* au sens strict[1214]. Dans une décision du 13 mai 2014, relative à un contrat de mannequinat, la Cour d'appel de Paris avait considéré que « compte tenu de la nature du contrat et de la prestation qui devait être accomplie par Mademoiselle Olfa Bousrih [*i.e.* le mannequin], le contrat était nécessairement *intuitu personae* et ayant pour cause les qualités physiques et le corps de Mademoiselle Olfa Bousrih »[1215].

D'autres obligations peuvent porter sur le corps d'une partie. Selon M. Behars-Touchais, il faut notamment citer l'ensemble des « contrats qui ont pour objet l'exploitation de l'image d'une personne (reproduction, publication, cession de droit de reproduction), de sa voix (contrat d'enregistrement, cession du droit de reproduction), de son corps (contrat médical et chirurgical), de son talent (contrat de représentation théâtrale, de production cinématographique) »[1216].

199. Référence à l'objet concret de l'obligation. – Il existe une multitude d'obligations qui ont pour objet de faire quelque chose en pratique[1217]. De la sorte, une partie de la doctrine a souligné qu'il convient normalement d'avoir égard à la formulation concrète de la prestation à remplir afin de pouvoir déterminer son étendue et, dans le même temps, pour pouvoir caractériser l'intensité de l'*intuitus personae*[1218]. C'est pour cette raison que A. Richard a écrit « qu'il est nécessaire, par conséquent, d'analyser l'objet de l'obligation *in concreto*, de manière à déterminer objectivement si le créancier a un intérêt à ce que l'obligation soit exécutée par le débiteur en personne »[1219].

S'agissant des contrats de service, certains auteurs mesurent l'intensité de l'*intuitus personae* au départ du caractère *général* ou *spécifique* de l'objet de l'obligation à exécuter[1220].

[1213] *Ibidem*, spéc. p. 969.

[1214] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553 ; M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, p. 175, n° 286 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 125-126, n° 129 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 233, n° 335.

[1215] Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697. Dans cette affaire, la Cour avait admis l'erreur sur la personne du mannequin dont le physique ne correspondait pas aux photos transmises avant la conclusion du contrat.

[1216] M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 126, n° 129.

[1217] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43, n° 10 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 27, n° 13.

[1218] Voy. not. en ce sens : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 162-163, n° 16 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 236-237, nos 8-9.

[1219] A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 88, n° 106.

[1220] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 369, n° 406 ; P.A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Formation permanente de la C.U.P., Liège, 2003, p. 17, n° 7 ;

1° Dans cette perspective, une prestation dotée d'un caractère *général* ou *banal* révèle généralement un *intuitus personae* de plus faible intensité, c'est-à-dire au sens large du terme.

Le faible degré de complexité d'une prestation peut signifier que le créancier n'a pas d'objection au paiement par un tiers ou par un agent d'exécution. S'il a choisi le débiteur pour ses qualités particulières, il ne constitue alors qu'une simple garantie d'exécution de ses obligations[1221]. Par exemple, lorsqu'un client confie un dossier de récupération de créance faisant déjà l'objet d'une facture à un avocat, il ne verra pas d'objection à ce que le *dominus litis* se fasse remplacer par un collaborateur interne comme externe pour rédiger un projet de citation. Tout avocat normal peut exécuter ce genre de prestation sans difficultés ; de ce fait, les qualités du prestataire représentent tout au plus une garantie d'exécution et justifient donc un *intuitus personae* au sens large[1222]. Il en va également ainsi, par exemple, dès lors qu'un médecin doit effectuer une opération banale ou quand un architecte se voit charger de la réalisation de plans généraux dépourvus d'originalité.

En outre, certains auteurs étendent ce raisonnement aux obligations artistiques, même si ces dernières représentent classiquement le bastion de l'*intuitus personae* au sens strict. D. Arteil pense qu'il n'existera « aucun attachement spécifique à la personne de l'artiste lorsque le client recherche simplement la réalisation d'une toile représentant son paysage préféré. Peu importe qui réalise l'œuvre dès l'instant que celle-ci correspond à ses attentes »[1223] ; de même, selon M. Contamine-Raynaud, « Le bourgeois du XIXe, qui à défaut d'un développement suffisant de la technique photographique, faisait effectuer son portrait, ne cherchait qu'à obtenir une fidèle reproduction de lui-même sans se soucier beaucoup de la personnalité et de la sensibilité du peintre »[1224]. Dans les deux cas, la réalisation de la toile ne constitue qu'une prestation banale pour un peintre normal.

2° En revanche, une prestation *spécifique* ou nantie d'un caractère *complexe* témoigne plutôt de la présence d'un *intuitus personae* de plus haute intensité, c'est-à-dire au sens strict.

Le haut degré de complexité d'une prestation peut signifier que le créancier a choisi un débiteur doté de qualités spécifiques, qui s'incorporent dans l'obligation et qui excluent donc le paiement par un tiers ou par un agent d'exécution. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 5 octobre 1988 illustre ces propos[1225]. Une société – Fiat – avait confié la réalisation d'une campagne

---

P.A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services : obligations des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 133, n° 13 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.

[1221] Voy. à cet sujet : P.A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services : obligations des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 133, n° 13 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36

[1222] P. ROBIN, « L'exécution du contrat d'avocat », in *Le cabinet d'avocat à la rencontre du client*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 52 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1146, n° 1217. Dans un sens similaire, C. Leclercq écrit « Plus délicate est la question de savoir si un avocat peut, sans l'accord exprès de son client, se faire substituer par un confrère pour négocier, pour comparaître à l'audience notamment à des mesures d'instruction et même y plaider. Pour y répondre le plus adéquatement possible, il faut prendre pour critère la volonté certaine ou implicite du client d'une part, la nature et l'importance de la prestation d'autre part » (C. LECLERQ, *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 76, n° 45).

[1223] D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 53, n° 73, spéc. note 200.

[1224] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 652, n° 403.

[1225] Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.

de publicité à une agence – BBDO. Cette dernière fusionne et licencie les employés qui travaillaient sur le projet de Fiat. Dès lors, la société automobile a résilié la convention, car elle a estimé que les nouveaux employés ne pouvaient pas se substituer aux anciens. La Cour d'appel a validé cette décision. Elle a d'abord constaté que « *dat de medecontractanten van BBDO met die vennootschap contacteerden gelet op heel* specifieke eigenschappen *van de onderneming die grotendeels te danken waren aan het creatief talent en de kwaliteiten van het tewerk gestelde personeel* »[1226]. En conclusion, la Cour a décidé que le départ des employés à la base de l'*intuitus personae* impliquait « *dat de publiciteitsovereenkomst in werkelijkheid niet meer kon worden uitgevoerd* »[1227].

Cette idée s'applique à d'autres prestations de services. Un chirurgien se réifie sans doute dans son obligation de soins lorsqu'il accepte de réaliser une opération très complexe sur l'un de ses patients ; un architecte s'incorpore dans son obligation de réalisation des plans quand son client lui demande de faire ressortir son style pour un édifice bien spécifique[1228]. Dans ces exemples, un tiers ou un agent d'exécution ne peut pas exécuter les obligations du débiteur telles que les parties se les sont représentées, sans en modifier le contenu : il existe un *intuitus personae* au sens strict.

200. Référence complémentaire à la finalité contractuelle. – Il nous semble que l'examen de la finalité contractuelle poursuivie par les cocontractants peut aider, à titre complémentaire, à cerner les contours de la prestation à exécuter et donc l'intensité de l'*intuitus personae*[1229]. En effet, la finalité contractuelle se comprend à la lumière d'une vision élargie de l'objet de l'obligation ; il est ainsi utile de tenir compte de l'objectif des parties pour préciser les contours de leurs intentions[1230].

Dans ce contexte, il convient de prendre en considération la réputation ou l'expérience du débiteur afin de caractériser le degré d'*intuitus personae* de son obligation. Un *intuitus personae* au sens strict se conçoit aisément, par exemple, lorsque le client d'un peintre de renommée internationale lui demande de réaliser une toile ornée de son style ; un chirurgien se réifiera dans son obligation dès lors qu'il se présente comme un spécialiste réputé pour une opération spécifique. Dans les deux cas, la notoriété du débiteur se projette littéralement dans la prestation qu'il doit remplir, de sorte que son intervention constitue le seul résultat recherché par le créancier[1231].

La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé que les juridictions pouvaient avoir égard à la personnalité des cocontractants afin d'interpréter leur convention. Dans un arrêt du 24 février 1938,

---

[1226] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 885).

[1227] *Ibidem*, spec. p. 886.

[1228] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, pp. 27-28, n° 15 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 405, n° 408.

[1229] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 69 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435. Par ailleurs, comme l'écrit A.-S. Lucas-Puget, à propos du rapport entre l'article 1236 du Code civil et la finalité contractuelle, « Si le paiement peut valablement être effectué par un tiers, que celui-ci soit ou non intéressé à la dette, et ainsi libérer le débiteur, finalement n'est-ce pas que la satisfaction du créancier présente l'enjeu primordial du rapport obligatoire ? » (A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 145, n° 257).

[1230] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 165-166, n° 16. Voy. en droit français sur le recours à la finalité contractuelle dans le cadre de l'interprétation des conventions : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, *Effets des obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 10, n° 4.

[1231] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 69 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435.

concernant un contrat de prêt, la Cour a effectivement décidé que l'interprétation de la Cour d'appel « n'est pas inconciliable avec les termes [de la convention], et qu'elle est en outre basée sur les circonstances extrinsèques, telles que le caractère de l'emprunt, *la personnalité des cocontractants*, les usages américains en la matière, les modalités de règlement de l'opération »[1232].

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 novembre 1994 s'inscrit dans cette logique[1233]. Cette affaire concerne une cession de contrat, mais son enseignement se transpose à notre propos. Une société réputée en relations publiques devait organiser un important événement pour son client. Toutefois, elle cède sa convention à un tiers peu avant la survenance de cet événement. Le client l'assigne en résolution parce que le contrat n'avait plus d'intérêt pour lui en l'absence d'exécution personnelle. La Cour d'appel de Paris a fait droit à cette prétention. Tout d'abord, elle a déclaré que « s'agissant de relations publiques, la réputation, la renommée et l'expérience du prestataire sont prédominantes ; elles permettent d'attirer un nombre plus ou moins grand de participants de plus ou moins grande qualité ; son dynamisme et sa réputation permettent d'attirer un plus ou moins grand nombre de visiteurs »[1234]. Ensuite, la Cour a prononcé la résolution du contrat, puisque « la qualité de l'organisateur était primordiale pour les intimés et que, par conséquent, elle ne pouvait se substituer un autre organisateur unilatéralement sans avertissement ni avis préalable »[1235].

201. Référence complémentaire au caractère accessoire de l'obligation et de la prestation. – L'*intuitus personae* se conçoit à l'échelle de l'obligation. De la sorte, le débiteur peut s'incorporer dans le contenu de certaines d'entre elles, mais pas au sein de toutes[1236] (*supra*, n° 181).

1° Une convention contient toujours des obligations dites principales[1237], essentielles[1238] ou encore caractéristiques[1239]. S'il existe un *intuitus personae* au sens strict du terme, il résidera normalement dans le contenu de ces obligations. Par exemple, un architecte réputé peut se réifier dans le contenu de l'obligation d'établissement des plans de l'œuvre qu'il doit réaliser[1240].

Toutefois, ce raisonnement ne s'applique pas aux obligations qui ont un caractère accessoire[1241]. Le débiteur ne s'incorpore pas toujours dans leur contenu, même s'il se réifie dans la teneur de ses obligations principales[1242] : si un architecte réputé s'intègre dans la teneur de son obligation d'établissement des plans, il ne se réifie sans doute pas dans celle de vérification du décompte final du coût des travaux[1243]. Cette obligation ne présente qu'un degré banal de

---

[1232] Nous soulignons. Voy. à ce sujet : Cass., 24 février 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 66, spéc. p. 67.
[1233] Paris, 3 novembre 1994, *D.*, 1996, somm., p. 115, obs. D. MAZEAUD.
[1234] *Ibidem*, spéc. p. 116.
[1235] *Ibidem.*
[1236] C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 25, n° 12. Voy. en droit français : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 7-8, n° 11.
[1237] J.-Fr. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 31-33.
[1238] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 743, n° 768.
[1239] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 2, n° 3.
[1240] Voy. not. sur cette obligation : l'article 20 du Règlement de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre des Architectes, *M.B.*, 8 mai 1985.
[1241] A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 129, n° 233 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 43, n° 23.
[1242] F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 4.
[1243] B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 80, n° 53. Cons. not. sur cette obligation : B. KOHL, « Les

complexité, de sorte que l'un de ses agents d'exécution peut s'en charger. Dans le même sens, si un bailleur à nourriture doit exécuter personnellement son obligation principale de soins, il convient d'admettre que « dans l'hypothèse où la prestation attendue ne justifierait pas l'importance attachée à la personne de l'exécutant, comme par exemple lorsqu'il s'agit de fournir chauffage, éclairage, voire nourriture au créancier, le preneur devrait être admis à charger un tiers de l'exécution, en vertu de l'article 1236 du Code civil, sans que le bailleur puisse s'y opposer » [1244].

2° Il nous semble également qu'une même obligation peut comporter plusieurs prestations. Dans ce cas, afin de la payer de façon satisfactoire, le débiteur doit toutes les exécuter[1245].

Ce principe se vérifie pour une multitude d'obligations principales comme accessoires. Par exemple, la première obligation d'un architecte consiste à réaliser une étude préliminaire : par cette obligation, l'architecte doit notamment estimer le budget, collecter des informations auprès des services urbanistiques, esquisser un premier projet, etc.[1246]. Dès lors, à l'instar du raisonnement tenu à l'échelle du contrat, nous pensons que toutes ces prestations n'ont pas la même importance. Certaines ont un caractère essentiel, tandis que d'autres n'ont qu'une valeur accessoire[1247]. Les prestations accessoires constituent souvent les *actes préparatoires* à l'exécution de la prestation principale[1248] : le débiteur s'incorpore rarement en leur sein et peut donc les déléguer[1249].

Par exemple, un client peut avoir chargé un avocat réputé de rédiger des conclusions dans un dossier très complexe. Cependant, à notre sens, rien ne s'oppose à ce qu'un collaborateur effectue les recherches préparatoires à la place du *dominus litis* et qu'il rédige également des parties peu complexes des conclusions ; de même, un chirurgien peut déléguer les actes préparatoires d'une opération complexe à l'un de ses assistants, pour autant qu'il intervienne pour les actes essentiels. Ainsi H. De Page écrit-il, à ce sujet, que « La part d'intervention des agents d'exécution subit un refoulement considérable lorsque *l'obligation* doit être considérée comme *intuitu personae*. Elle n'est pas complètement proscrite. Un chirurgien, un avocat peuvent se faire aider d'assistants, de stagiaires, de collaborateurs. Mais ils doivent conserver une part prépondérante et assumer une intervention effective et dominante dans l'exécution de *l'obligation*, la partie matérielle ou préparatoire de l'œuvre étant, seule, abandonnée aux agents d'exécution »[1250].

---

obligations, la responsabilité et l'assurance de l'architecte. Panorama général et pistes de réflexion », in *L'architecte au 21e siècle*, K. UYTTERHOEVEN (éd.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 194-195, n° 8.

[1244] F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 5.

[1245] *Ibidem*, p. 443, n° 5. Ces propos reçoivent exception lors de l'exécution d'une obligation facultative ou alternative. Nous n'aborderons pas ces hypothèses très spécifiques. Voy. not. à cet égard : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 388-393, nos 403-411.

[1246] Voy. not. : B. KOHL, « Les obligations, la responsabilité et l'assurance de l'architecte. Panorama général et pistes de réflexion », in *L'architecte au 21e siècle*, K. UYTTERHOEVEN (éd.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 187-188, n° 4 ; K. UYTTERHOEVEN, « De architecteovereenkomst », in *Handboek bouwrecht*, 2e éd., K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia – die keure, 2013, pp. 699-702, nos V.352-V.362.

[1247] Voy. sur le concept d'identité de la relation contractuelle : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 111-112, nos 90-91 ; V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, pp. 490-491, n° 13.

[1248] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 44-45, n° 24.

[1249] Le raisonnement s'inscrit dans le sillage de celui tenu par une partie de la doctrine s'agissant des obligations principales et accessoires. Voy. not. : C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 25, n° 12. Voy. en droit français : F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 5.

[1250] Nous soulignons. Voy. à cet égard : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 405, n° 408.

B. Examen des particularités de la relation des cocontractants

202. Référence à la relation de confiance des parties. – L'intensité de l'*intuitus personae* ne s'apprécie pas qu'au regard de l'objet des obligations, mais également à l'aune de la relation que le créancier et le débiteur entretiennent[1251]. Nous traiterons ici de la confiance *relationnelle*. Selon C. Delforge, cette dernière renvoie aux « attentes en termes de loyauté et de non-opportunisme, soit l'idée que chaque cocontractant prendra en compte l'intérêt de l'autre »[1252] (*supra*, n° 165).

Plusieurs auteurs ont souligné que toute relation contractuelle dont l'exécution n'est pas instantanée génère certains risques et demande, par conséquent, une dose de confiance minimale entre les cocontractants[1253]. Tout contrat à prestations successives repose donc sur une part de subjectivité. De la sorte, la présence d'un climat de confiance entre les parties ne justifie pas l'*intuitus personae*, sous peine de faire disparaitre toute utilité pratique à cette figure juridique[1254].

1° Toutefois, il apparait que la confiance peut se trouver à la source d'un *intuitus personae* de faible intensité, c'est-à-dire au sens large du terme.

Cette idée se conçoit normalement lorsque la moralité ou l'honorabilité d'une partie constitue l'élément déterminant du consentement de l'autre. Dans certaines circonstances, ces qualités subjectives peuvent effectivement s'avérer essentielles pour le bénéficiaire de prestations de services, tels que dans le contrat médical[1255], dans le contrat d'avocat[1256] ou dans le contrat d'architecte[1257]. Il en va ainsi pour certains contrats de travail[1258] et pour certains contrats de distribution commerciale[1259]. Par exemple, un employeur peut requérir d'un travailleur qu'il ait une moralité exemplaire lorsque sa fonction l'oblige à travailler avec des mineurs[1260] ; l'honorabilité financière d'un agent commercial peut former un élément déterminant pour une banque[1261].

En l'occurrence, la confiance ne fait pas obstacle au paiement par un tiers ou par un agent d'exécution, à la condition que ces *solvens* présentent des garanties de moralité ou d'honorabilité équivalentes à celles du débiteur initial. En réalité, nous verrons que l'intérêt d'un *intuitus personae* large de confiance se situe dans le fait que son bénéficiaire peut *résilier* ou *résoudre* le contrat

---

[1251] Voy. not. : O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour les juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 82, n° 82 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 78, n° 89. Voy. not. en droit français : A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 89, n° 108 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 254, n° 97/B.

[1252] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, p. 256, n° 279.

[1253] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 16 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 123, n° 85.

[1254] A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 123, n° 85.

[1255] Th. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 2e éd., Bruxelles – Anvers – Apeldoorn, Bruylant – Maklu – Ced. Samsom, 1992, p. 567, n° 855.

[1256] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, nos 16 et 72 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 245, n° 434.

[1257] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.

[1258] S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 40-43, n° 29.

[1259] O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour les juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 82, n° 82.

[1260] Voy. not. sur la question de la production d'un extrait de casier judicaire dans ce cas : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 89-93, n° 107 ; S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 40-43, n° 29.

[1261] Anvers, 7 janvier 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 233.

lorsque son cocontractant commet un motif ou un manquement grave qui constitue un obstacle psychologique durable à la poursuite de la relation contractuelle[1262] (*infra*, n[os] 332-342).

2° En revanche, la confiance présente parfois une intensité telle qu'elle justifie un *intuitus personae* au sens strict dans le chef du débiteur[1263]. Selon nous, tel est le cas lorsque l'exécution des obligations suppose la *collaboration étroite* – et souvent de longue durée – des cocontractants.

Une décision du Tribunal de travail de Bruxelles du 25 juin 1986 le démontre[1264]. Dans cette affaire, le Tribunal a constaté qu'un *intuitus personae* de haute intensité liait une secrétaire privée à un médecin, compte tenu de leur collaboration étroite. Il affirme ainsi que « La description que Madame H. donne de ses tâches d'assistante dentaire, allant jusqu'à "préparer du café pour la pause et accessoirement faire les courses et préparer les repas", le fait de ne travailler tout son temps qu'avec une seule personne, pour celle-ci et ce presque toujours dans le même local qu'elle, fondent le tribunal à considérer qu'il s'agissait bien d'une collaboration personnelle présentant les caractéristiques d'un contrat *intuitu personae* dans le chef des deux parties »[1265]. En conclusion, le décès de l'employeur a mis fin au contrat, conformément à l'article 33 de la loi relative aux contrats de travail : aucun tiers ne pouvait se substituer à cette partie afin d'exécuter ses obligations.

Des conventions de distribution commerciale s'inscrivent parfois dans cette logique[1266]. En effet, pour les contrats de distribution sélective comme exclusive, il arrive que le distributeur s'intègre à ce point dans l'organisation de son fournisseur que ce dernier ne peut pas envisager de collaborer étroitement avec un sous-traitant sans l'avoir agréé[1267]. P. Naeyaert écrit ainsi que « *Hoe meer een distributeur geïntegreerd is in een distributieorganisatie van de opdrachtgever, hoe groter de noodzaak is aan vertrouwen, loyauteit en samenwerking tussen de contractpartijen* »[1268]. Cette idée se vérifie pour la distribution de produits aux caractéristiques exceptionnelles, comme ceux de la haute horlogerie : le distributeur s'incorpore alors dans ses obligations, parce que le mode de distribution fait partie intégrante du produit vendu[1269]. Selon L. du Jardin, cette « solution a le mérite du bon sens, tant il serait illogique qu'une manufacture horlogère pratiquant un contrôle

---

[1262] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116. Voy. dans le même sens : W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15.

[1263] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, n[os] 70-71. Voy. en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234, n° 337.

[1264] Trib. Trav. Bruxelles, 25 juin 1986, *Chron. D.-S.*, 1987, p. 54.

[1265] *Ibidem*, spéc. p. 55.

[1266] Voy. sur l'intensité de l'*intuitus personae* dans ce secteur : P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 39-40, n° 39 ; S. CLAEYS, *Franchising*, Bruges, die Keure, 2009, p. 486, n° 597.

[1267] Il apparait que des auteurs de droit suisse confèrent une place similaire à la confiance. En effet, selon R.H. Weber, il existe une prestation très personnelle quand le contrat repose sur une relation de confiance particulière : « *Eine persönliche Leistung ist in der Regel auch dann geboten, wenn das Vertragsverhältnis auf einer besonderen Vertrauensbasis gründet* ». Selon l'auteur, cette situation se rencontre notamment quand certains directeurs de société exécutent des tâches pour celle-ci au titre d'administrateur ou d'organe (R.H. WEBER, *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Erfüllung der Obligation. Art. 68-96 OR*, t. 1.4, 2[e] éd., in *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, vol. VI, H. HAUSHEER (éd.), Berne, Stämpfli Verlag, 2005, pp. 69-70, n° 28).

[1268] P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012, p. 43, n° 41. Voy. dans un sens similaire : S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 50, n° 54.

[1269] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 67, n° 69.

très poussé de son produit et de son mode de distribution – les deux étant indissociables – soit au final tenue de le vendre par l'intermédiaire d'un distributeur qu'elle n'a pas choisi »[1270].

L'existence d'une collaboration étroite peut justifier le caractère *intuitu personae* au sens strict d'autres conventions. Il en va ainsi, par exemple, pour le contrat de *sponsoring*[1271], pour certains contrats d'édition[1272], pour certains contrats d'*outsourcing*[1273], pour les contrats de commandes d'œuvres d'art conclus entre les peintres et les galeries ou marchands d'art[1274] ou encore pour le contrat de société simple. Nous reviendrons sur ce dernier point (*infra*, n° 213).

3° D'autres circonstances témoignent parfois d'un haut degré de confiance entre les parties. L'examen des particularités des clauses et des obligations s'impose donc dans tous les cas.

Une décision du Tribunal de Grande instance de Paris du 7 mars 1974 fournit un exemple[1275]. Le Tribunal devait se prononcer sur la dissolution d'un contrat de licence exclusive de brevet lors d'une procédure de mise en règlement judiciaire – équivalent à la réorganisation judiciaire belge. La juridiction a apprécié l'intensité de l'*intuitus personae* à cette occasion : selon elle, « le contrat de fabrication sous licence d'exploitation d'un brevet, et à plus forte raison un tel contrat lorsqu'il accorde une exclusivité dans une aire territoriale donnée, et plus encore quand la marchandise est commercialisée sous la marque du donneur de licence, est chargé du maximum d'*intuitus personae* imaginable dans ce genre de convention »[1276]. L'exclusivité territoriale accordée au fabricant et le fait que ce dernier commercialisait le produit sous le nom du donneur de licence constituaient des indices d'un haut degré de confiance dans cette espèce. *In fine*, le Tribunal a décidé que l'exécution du contrat « serait évidemment bouleversée, matériellement et moralement » par la mise en règlement judiciaire[1277]. Il a donc approuvé la résiliation du contrat.

203. Référence à la relation d'affection des parties. – Dans certaines situations, l'intérêt du créancier à l'exécution personnelle repose sur l'affection ou l'amitié qu'il porte au débiteur[1278].

[1270] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 68, n° 70.

[1271] W. SWINNEN, « De kwalificatie als sponsoringovereenkomst », obs. sous Liège 6 juin 2011, *D.A.O.R.*, 2012, p. 42, n°7. Voy. dans un sens similaire : Comm. Bruxelles, 14 juin 1990, *R.D.C.*, 1990, p. 420, spéc. pp. 423-424.

[1272] Un *intuitus personae* de haute intensité colore généralement les contrats d'édition conclus avec les petits éditeurs du fait de la collaboration étroite qui existe alors pour assurer la promotion et la publication de l'ouvrage. Toutefois, la confiance se dilue lorsque l'auteur contracte avec une importante société d'édition. Voy. not. sur cette question : F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 346-347, n° 430. Voy. en droit français : C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Litec, 2006, pp. 337-338, n° 424.

[1273] Cons. not. sur l'importance de la confiance dans ce contrat : C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 137-151, n^{os} 220-260.

[1274] Dans cet ordre d'idées, F. Pollaud-Dulian relève notamment que « Les marchands comme les artistes mettent en avant l'importance de la bonne foi et de la confiance. À propos de ses rapports avec des peintres comme Derain, Braque ou Vlaminck, au début du XXe siècle, Kahnweiller affirmait : "*il faut vous dire combien nos relations étaient amicales, confiantes, combien elles n'étaient pas du tout, comme on se l'imagine, la lutte entre le peintre et le marchand. Tout au contraire, la collaboration la plus confiante*". Cette confiance donne au contrat un double caractère d'*intuitu personae* et d'intérêt commun » (F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123, point n° I.A.).

[1275] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.

[1276] *Ibidem.*

[1277] *Ibidem.*

[1278] Voy. not. pour les obligations de soins : M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Les soins à la croisée des chemins de la planification patrimoniale, de la philanthropie et de la protection des personnes vulnérables », *R.P.P.B.I.*, 2017, p. 49,

1° Une partie de la doctrine pense que l'affection colore naturellement certains contrats. Dans ce cas, selon ces auteurs, ce sentiment justifie un *intuitus personae* de haute intensité[1279].

La donation faite avec charges en rend notamment compte : le donataire ne pourrait normalement pas faire bénéficier un tiers de la libéralité consentie *animo donandi* ; de même, l'affection portée au donataire implique que ces charges présentent un caractère *intuitu personae* au sens strict, à moins que le donateur autorise leur exécution par un tiers[1280]. Ainsi l'exécution personnelle du donataire s'impose-t-elle, par exemple, lorsque le donateur lui donne l'ensemble de ses avoirs financiers à charge pour lui de les gérer et de lui verser une rente jusqu'à son décès.

Par ailleurs, l'affection implique aussi un *intuitus personae* de haute intensité dans les conventions de tontine et d'accroissement[1281] ou dans les contrats de bienfaisance. Tel est le cas pour le commodat[1282], le mandat ou le cautionnement à titre gratuit[1283]. Cependant, s'agissant de ces conventions, l'*intuitus personae* réside dans le chef du bénéficiaire du service, c'est-à-dire dans la personne du créancier. Nous reviendrons sur cette hypothèse spécifique (*infra*, n° 229).

2° Dans d'autres cas de figure, les circonstances de la cause témoignent parfois de l'affection ou l'amitié que les parties se portent et donc d'un *intuitus personae* au sens strict.

L'examen de la personnalité ou des antécédents des cocontractants peut démontrer qu'ils éprouvent un haut degré d'amitié ou d'affection l'un pour l'autre : aussi les liens familiaux[1284] ou d'amitié de longue date[1285] constituent-ils des indices de l'existence d'une affinité particulière entre

n° 14. Voy. en droit français : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 306, n° 432.

[1279] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 40-41, n° 19. Voy. également sur l'*intuitus personae* dans les donations et sur les nuances de son intensité revêt en leur sein : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49 ; J. BEDOURA, *L'amitié et le droit civil*, Thèse, Tours, 1976, pp. 33-34, n^{os} 21-22.

[1280] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 40-41, n° 19.

[1281] C. ROUSSIEAU, « La modalisation des clauses d'accroissement quant à leur durée : quelles évolutions ? », *Rev. not. b.*, 2019, pp. 6-7, n° 1 ; D. STERCKX et L. STERCKX, « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffection entre les partenaires : la caducité ressuscitée ? », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, p. 413.

[1282] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119 ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, pp. 15-16, n° 43.

[1283] Voy. pour le mandat à titre gratuit : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p 39, n° 18. Voy. pour le cautionnement à titre gratuit : D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD. civ.*, 2003, pp. 16-28, n^{os} 30-62.

[1284] Liège, 26 novembre 1885, *Pas.*, 1886, II, p. 63. Voy. dans le même sens : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 310-311, n° 437 ; Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49.

[1285] A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 301-302, n^{os} 426-427. Toutefois, Jean Carbonnier indique, à juste titre, que le contrat de bail à nourriture « recouvre des combinaisons humainement fort diverses : il y a le bail où l'aliénateur entre, quasi par adoption, dans la famille de l'acquéreur et ne pourrait être contraint de changer d'acquéreur sans une sorte d'effraction à sa vie privée ; il y a, à l'autre extrême, des baux qui ne sont guère plus que des ventes viagères assorties d'une clause d'échelle mobile » (J. CARBONNIER, obs. sous Cass. fr. soc. 19 février 1954, *RTD. Civ.*, 1954, p. 326, n° 5).

un bailleur et un preneur à nourriture ; un tiers ou un agent d'exécution reste normalement étranger à de tels liens d'affection[1286]. Il appartient donc au débiteur de soins de s'exécuter personnellement.

Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 26 novembre 1885 illustre ces propos[1287]. Un bailleur souhaitait céder son immeuble, qui comportait un bail à nourriture. La cession emportait alors l'exécution de ses obligations de soins et de cohabitation par le tiers acquéreur de l'immeuble. La preneuse l'assigna en justice afin de faire échec à la cession de l'immeuble. La Cour d'appel de Liège a fait droit à cette demande. Elle a ainsi décidé « que les *termes de l'acte* et l'existence de *liens de parenté* entre les intimés démontrent que Julien Duchâteau est tenu d'accomplir, par lui-même, l'obligation envers sa tante, et que celle-ci a intérêt à ce qu'un tiers quelconque ne se substitue pas à cet égard à son neveu »[1288]. De la sorte, la personne du preneur témoignait d'un sentiment d'affection suffisamment intense pour justifier un *intuitus personae* au sens strict.

204. Tempérament à l'exécution personnelle du débiteur en présence d'un *intuitus personae* strict fondé sur la confiance ou l'affection : la délégation ponctuelle d'obligation. – À notre sens, l'exécution personnelle du débiteur n'a pas un caractère absolu en présence d'un *intuitus personae* au sens strict fondé sur la confiance ou sur l'affection que le créancier lui porte.

Dans cette situation, l'article 1237 du Code civil interdit au débiteur de se substituer *durablement* un tiers ou un agent d'exécution. À titre de tempérament, il nous semble que le débiteur peut cependant déléguer *ponctuellement* l'exécution d'une ou de plusieurs obligations principales. Le débiteur peut avoir un intérêt tout à fait légitime à confier l'exécution de ses obligations à un tiers ou à un agent d'exécution. Par exemple, concernant le contrat de bail à nourriture, il est vrai que le bailleur ne peut pas assurer l'exécution personnelle de son obligation de cohabitation à tous les instants : il peut prendre des vacances avec sa famille sans le bailleur[1289].

En l'occurrence, il existe alors un conflit entre deux intérêts légitimes, à savoir celui à l'exécution personnelle – dans le chef du preneur – et celui au respect d'une certaine vie privée – dans le chef du bailleur. Selon nous, les juridictions doivent pondérer les différents intérêts en présence lorsqu'elles statuent sur un conflit d'intérêts légitimes[1290]. Cette pondération prend la forme d'un test de proportionnalité[1291]. De la sorte, un tiers peut se charger de façon exceptionnelle et ponctuelle de l'exécution de l'obligation de cohabitation, à la condition que les inconvénients subis par le créancier demeurent minimes par rapport aux avantages recueillis par le débiteur.

C. Examen de la loi, des usages, des règles de bonne conduite et de la manière dont le débiteur exerce habituellement son art

205. Modes objectifs d'interprétation de la volonté des parties. – Plusieurs modes objectifs d'interprétation de la volonté des cocontractants permettent de délimiter la portée exacte de leurs

---

[1286] A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 313, n° 441.

[1287] Liège, 26 novembre 1885, *Pas.*, 1886, II, p. 63.

[1288] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 65).

[1289] F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 444, n° 7. *Contra* en droit français : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 313-316, n^{os} 441-442.

[1290] F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 444, n° 7.

[1291] Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 664-671, n^{os} 390-395.

obligations contractuelles[1292]. En effet, aux termes de l'article 1135 du Code civil, il apparait que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». L'appréciation de l'intensité de l'*intuitus personae* suit cette logique : la référence à la loi, à certaines règles de bonne conduite (*infra*, n^{os} 206-207), aux usages ou encore à la manière dont le débiteur exerce habituellement son art s'avèrent utiles afin de caractériser l'intensité de ce caractère (*infra*, n° 208).

206. Référence aux dispositions légales imposant l'exécution personnelle ou autorisant l'exécution par un tiers. – En droit belge, certaines dispositions légales indiquent le degré d'implication personnelle que le créancier peut normalement attendre de son débiteur.

1° Il arrive que la loi impose au débiteur d'exécuter personnellement ses obligations.

Dans le domaine du contrat de travail, l'article 17, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 prévoit que le travailleur a l'obligation « d'agir conformément aux ordres et aux instructions qui lui sont données par l'employeur, ses mandataires ou ses préposés, en vue de l'exécution du contrat ». Il est admis que cette disposition consacre la notion de subordination, qui entretient une relation étroite avec l'*intuitus personae* : ainsi M. Jamoulle a-t-elle écrit, à ce sujet, « [qu'envisagée] dans le chef du salarié sous son aspect passif d'obéissance, la subordination présente un caractère personnel. Ce caractère ne demeure pas étranger à l'*intuitus personae* qui marque de manière générale le consentement de l'employeur »[1293]. En principe, bien que l'intensité de l'*intuitus personae* puisse considérablement varier dans un contrat de travail[1294], la notion de subordination suppose que le travailleur exécute lui-même le travail convenu avec son employeur.

Les cours et tribunaux belges ont régulièrement rallié ce point de vue[1295]. Lors d'une décision du 9 janvier 2004, le Tribunal de travail de Nivelles a affirmé que la « faculté de se faire remplacer pour l'exécution de la convention démontre qu'elle n'était pas conclue *intuitu personae*, de sorte qu'il ne peut être question de l'existence d'un contrat de travail. En effet, cette faculté de remplacement constitue un obstacle incontournable à l'exercice, par le commettant, du lien d'autorité caractéristique du contrat de travail »[1296]. Partant, le Tribunal a confirmé que la subordination interdit, en règle, au travailleur de se faire remplacer sans accord de l'employeur[1297].

[1292] Voy. not., en droit belge, au sujet de ces règles d'interprétation objective : J. WAELKENS, « Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen », *R.D.C.*, 2017, pp. 361-368, n^{os} 14-25 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 608-609, n° 386 ; E. CAUSIN, « L'interprétation des contrats en droit belge », in *L'interprétation en droit*, M. VAN DE KERCHOVE (éd.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1978, pp. 329-343, n^{os} 66-82.

[1293] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1982, p. 155, n° 120.

[1294] Voy. sur les variations d'intensité de l'*intuitus personae* dans le contrat de travail : M. JAMOULLE, « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, pp. 30-31, n° 10. Voy. en sens en droit français : M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 502-504, n^{os} 324-325 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 58-61, n° 29.

[1295] Voy. not. Trib. Trav. Liège, 3 octobre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 469 ; C.T. Liège, 24 juin 2014, 2013/AN/48, https://www.stradalex.com ; C.T. Bruxelles, 25 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 446.

[1296] Trib. Trav. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 14.

[1297] La portée de l'accord de l'employeur pose encore question en droit belge. Selon I. Van Puyvelde, l'employeur peut consentir au remplacement du travailleur, mais le remplacement doit cependant rester exceptionnel et temporaire, sous peine de méconnaitre l'essence même de la relation de travail (I. VAN PUYVELDE, « Het begrip bedongen arbeid in de individuele arbeidsovereenkomst: een beknopte analyse vanuit het Belgisch arbeidsovereenkomst », in *De bedongen arbeid*, A. VAN OEVELEN (éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, p. 48). En revanche, K. Nevens et I. Schapira

Dans cette logique, l'employeur peut donner *tacitement son accord* au remplacement d'un travailleur ; l'examen de son comportement concret revêt donc de l'importance dans chaque espèce. Un arrêt de la Cour du travail de Mons du 10 août 1989 l'illustre[1298]. Le vétérinaire d'une ASBL a obtenu un mandat de député. Il avertit son employeur qu'un confrère le remplacera pour certaines prestations. L'ASBL l'assigne en résolution judiciaire pour manquement grave à son obligation d'exécution personnelle lors de la survenance de son second mandat. La Cour d'appel a rejeté cette prétention. Tout d'abord, elle a rappelé que « [l'*intuitus*] *personae* présente un degré variable d'un contrat à un autre. Que si l'on peut aisément concevoir qu'un informaticien ayant accès aux données maîtresses d'une entreprise ne puisse prendre aucune initiative en vue de pourvoir à son remplacement par un tiers à l'une ou l'autre de ses absences parce que le caractère *intuitu personae* est alors une donnée essentielle de son engagement, force est de constater qu'en l'espèce, ce caractère est infiniment plus ténu »[1299]. Ensuite, la Cour a ajouté « [qu'attendu] que le contrat auquel se réfèrent les parties ne contient aucune interdiction expresse de se faire remplacer et il n'est pas contesté par l'intimée [*i.e.* l'ASBL] que le docteur Dagnelies, qui substitue l'appelant, assure *habituellement depuis plusieurs années* le remplacement des trois vétérinaires-inséminateurs de la botte du Hainaut durant leurs congés ou absences, et ce, *sans objections de l'employeur* »[1300]. En conclusion, la Cour a rejeté la demande de résolution judiciaire du contrat.

2° En revanche, la loi prévoit parfois que le débiteur peut se substituer autrui.

S'agissant du contrat d'agence commerciale, l'article X.5 du Code de droit économique énonce que « Sauf stipulation contraire, l'agent commercial peut, pour l'exécution de sa mission, recourir à des sous-agents rémunérés par lui et agissant sous sa responsabilité, et dont il devient le commettant ». Une partie de la doctrine pense que cette disposition évacue toute présomption d'*intuitus personae* dans le cadre du contrat d'agence commerciale. Selon ces auteurs, l'intensité de ce caractère dépend des circonstances propres à chaque espèce, de sorte qu'il faut toujours raisonner *in concreto* pour la jauger[1301]. Dans cet ordre d'idées, P. Demolin enseigne qu'en « cas d'hésitation, c'est le juge du fond qui apprécie souverainement la question de fait qui consiste à déterminer le caractère *intuitu personae* du contrat d'agence. Il tiendra compte des circonstances qui entourent la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat, des clauses du contrat et de tout autre élément (par exemple, la matière des produits ou des services, la clientèle, etc.) »[1302].

207. Référence aux règles de déontologie et aux principes de bonne conduite. – Les règles de déontologique comportent parfois des précisions sur le degré d'exécution personnelle attendu

---

estiment que les parties peuvent prévoir à l'avance cette faculté de remplacement dans le contrat (K. NEVENS et F. SCHAPIRA, « Analyse critique de la présomption concernant la nature de la relation de travail (chapitre V/1 de la loi sur les relations de travail) », *R.D.S.*, 2016, p. 112, n° 25). En conclusion, le débat ne parait pas encore clos (C.-E. CLESSE, « Chronique de jurisprudence – Aux frontières de la fausse indépendance », *Ors.*, 2009, n° 2, pp. 6-7).

[1298] C.T. Mons, 10 août 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 343.

[1299] *Ibidem*, spéc. p. 344.

[1300] Nous soulignons (*ibidem*).

[1301] P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 48, n° 83 ; P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droit et obligations*, 3e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, p. 16, n° 13 ; A. MOTTET HAUGAARD et Th. FAELLI, « Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004) », *D.A.O.R.*, 2005, p. 220, n° 20. Voy. sur l'article X.5 du Code de droit économique : Y. VAN COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.5 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, pp. 2-3.

[1302] P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droit et obligations*, 3e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, p. 16, n° 13.

d'une partie. En outre, il arrive que la délégation de certaines obligations à un tiers ou un agent du débiteur s'impose dans l'intérêt du créancier, c'est-à-dire en vertu d'une règle de bonne conduite.

Les règles de déontologie applicables au contrat médical en témoignent. En effet, l'article 35, b, du Code de déontologie médicale prévoit que « Le médecin ne peut outrepasser sa compétence. Il doit prendre l'avis de confrères, notamment de spécialistes, soit de sa propre initiative, soit à la demande du patient, chaque fois que cela paraît nécessaire ou utile dans le contexte diagnostique ou thérapeutique » ; de même, l'article 35, c), de ce code indique que « Le médecin se fait assister par les collaborateurs infirmiers, paramédicaux, techniques et sociaux, requis par l'état du patient »[1303]. Ces dispositions déontologiques montrent que le médecin ne peut pas se charger de tous les aspects d'une opération et qu'il doit en déléguer certains qui outrepassent sa compétence. Un arrêté royal du 18 juin 1990 définit les prestations dont les auxiliaires médicaux doivent se charger[1304]. Par exemple, aux termes de l'article 1er et à l'annexe I de cet arrêté royal, lors d'une intervention liée aux voies respiratoires, les infirmiers doivent se charger seuls et sans prescription médicale du médecin, de l'aspiration et drainage des voies aériennes, des soins infirmiers et surveillance auprès des patients ayant une voie respiratoire artificielle, de la manipulation et de la surveillance d'appareils de respiration contrôlée, de la réanimation cardio-pulmonaire avec des moyens non invasifs et, enfin, de l'administration d'oxygène au patient.

Les principes applicables au contrat d'architecte confirment ces propos. S'agissant de l'établissement et du contrôle des travaux, le monopole accordé à ce prestataire de services ne lui interdit pas de déléguer l'exécution de certaines obligations à un tiers ou à l'un de ses agents d'exécution ; l'architecte peut s'entourer de collaborateurs afin d'accomplir ces deux missions[1305]. Le cas échéant, en vertu d'une règle de bonne conduite, il est même admis qu'il peut déléguer certaines obligations en raison des limites de sa compétence[1306]. Dans une décision du 3 mars 1978, la Cour de cassation a d'ailleurs déclaré « [qu'eu] égard à la haute technicité actuelle de certaines études relevant du secteur de la construction, que l'architecte peut, même implicitement, se décharger à l'égard du maître de l'ouvrage de sa responsabilité quant à certaines études techniques […] pour lesquelles il n'a reçu aucune formation et qui, dès lors, échappent à sa compétence » [1307].

208. Référence aux usages et à la manière dont le débiteur exerce habituellement son art. – L'examen des usages applicables à un secteur permet de préciser l'intensité de l'*intuitus personae*. Il en va de même pour la référence à la manière dont le débiteur exerce habituellement son art.

[1303] Code de déontologie médicale du 13 juillet 2018, https://www.ordomedic.be.

[1304] Arrêté royal du 18 juin 1990 portant fixation de la liste des prestations techniques de l'art infirmier et de la liste des actes pouvant être confiés par un médecin à des praticiens de l'art infirmier, ainsi que des modalités d'exécution relatives à ces prestations et à ces actes et des conditions de qualification auxquelles les praticiens de l'art infirmier doivent répondre, *M.B.*, 26 juillet 1990.

[1305] K. UYTTERHOEVEN, « Het monopolie van de architect en de onverenigbaarheden », in *L'architecte au 21ème siècle*, K. UYTTERHOEVEN (éd.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 44-45, n° 51 ; I. DURANT, « Le monopole légal de l'architecte », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 21, nos 14-15 et pp. 27-28, n° 20 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1147, n° 1218 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « L'aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes de la construction », obs. sous Cass. 3 mars 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 184, n° 4.

[1306] Voy. not. : B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 622-623, n° 249 ; I. DURANT, « Le monopole légal de l'architecte », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 21-22, n° 15 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 29, n° 15, spéc. note 28.

[1307] Cass., 3 mars 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 176, spéc. pp. 178-179, note M. VANWIJCK-ALEXANDRE.

Tout d'abord, le créancier peut donner expressément ou tacitement son accord sur l'intervention d'un tiers ou d'un agent d'exécution[1308]. Un accord tacite se conçoit lorsque le créancier paie un état d'honoraires faisant mention, sans équivoque, de l'intervention d'un agent d'exécution. Dans le même sens, un accord tacite peut résulter *d'un usage*, qui s'incorpore aux prévisions des cocontractants. P. Van Ommeslaghe enseigne ainsi « [qu'on] retiendra un accord tacite toutes les fois que les usages de l'exercice d'une profession impliquent le recours à des collaborateurs, à des correspondants (par exemple, pour certains services bancaires ou commerciaux), à des assistants, soit qu'il s'agisse d'auxiliaires soit qu'interviennent des débiteurs substitués »[1309]. Selon F. Valleur, il apparait aussi que « même en présence d'un *intuitus personae* de confiance visant la qualité de l'exécution, il se peut que le débiteur puisse, tout en payant lui-même, utiliser les services d'auxiliaires. Il pourra se faire aider dans l'exécution de son obligation dans la mesure où la convention ou les usages autorisent cette collaboration. Malgré l'emploi d'aides, l'exécution sera considérée comme son œuvre personnelle. Ceci se produit fréquemment, même en *matière artistique* et le phénomène est assez connu pour que nous n'insistions pas »[1310].

Ensuite, il arrive que l'examen de la manière dont le débiteur exécute habituellement son art aide à cerner le degré d'implication personnelle que le créancier peut attendre de lui. Cette norme d'interprétation de la volonté trouve sa source dans l'article 1135 du Code civil ainsi que dans les articles VI.37, §2, alinéa 2 et XIV.18, §2, alinéa 2, du Code de droit économique pour les contrats conclus entre un consommateur et une entreprise ou un titulaire de profession libérale. En effet, en vertu du second article, « un contrat entre une personne exerçant une profession libérale et un consommateur peut être interprété notamment en fonction des pratiques professionnelles en relation directe avec celui-ci »[1311]. Il est vrai que les titulaires de professions libérales officient souvent dans une structure qui comprend plusieurs prestataires. La croissance des associations d'avocats[1312], de médecins[1313] ou d'architectes[1314] le démontre. Ainsi un prestataire de services exerçant dans une telle association peut-il avoir l'habitude de s'entourer d'une équipe qui exécute tout ou partie de ses obligations contractuelles[1315]. Dans ce cas de figure, il nous semble que le créancier peut normalement s'attendre à ce qu'un agent d'exécution assiste ou remplace le débiteur.

Une décision du Juge de paix de Molenbeek-Saint-Jean du 14 mars 1989 fournit un exemple de cette idée[1316]. Un client refusait de payer les honoraires dus au *dominus litis*, car ce dernier avait confié la gestion du dossier à un collaborateur interne. L'avocat l'assigne en paiement. La

---

[1308] S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijke analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, p. 166, n° 90 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 94, n° 132.

[1309] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2022, n° 1400.

[1310] Nous soulignons. Voy. : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 254-255, n° 97, B.

[1311] De son côté, l'article VI.37, §2, alinéa 2, du Code de droit économique prévoit « [qu'un] contrat entre une entreprise et un consommateur peut être interprété notamment en fonction des pratiques commerciales en relation directe avec celui-ci ».

[1312] J.-P. BUYLE « Le recours à un collaborateur », obs. sous Civ. Liège 14 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1438.

[1313] Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 21-167, n^{os} 1-250 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, pp. 197-200, n^{os} 162-163.

[1314] B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 80, n° 53.

[1315] *Ibidem*, pp. 80-81, n° 53.

[1316] J.-P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 mars 1989, *J.T.*, 1989, p. 384.

juridiction fait droit à sa demande, en déclarant « qu'il n'est pas anormal qu'au sein d'un cabinet d'avocats, le travail est distribué aux collaborateurs, qui l'effectuent en leur qualité de collaborateur de l'avocat *dominus litis*, et en son nom »[1317]. Dans ce contexte, P.A. Foriers confirme également que « L'avocat chargé d'un dossier ne doit pas nécessairement assurer toutes les remises ni rédiger personnellement toutes les conclusions dont il assume la responsabilité. On attend de lui, en revanche, qu'il se penche personnellement sur le dossier pour définir une stratégie, préciser l'argumentation à développer et revoir les projets de ses collaborateurs »[1318].

§3. – Applications particulières de l'intérêt du créancier à l'exécution personnelle

209. Intérêt du créancier à l'exécution personnelle lors du paiement par un mandataire substitué ou par une personne morale. – Dans ce paragraphe, nous analyserons l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution personnelle de son débiteur dans certains cas particuliers. Un *intuitus personae* au sens strict peut ainsi faire obstacle à la substitution de mandataire (**A**) ; à l'inverse, ce caractère revêt rarement une haute intensité lorsque le paiement émane d'une personne morale (**B**).

A. Paiement par un mandataire substitué

1) Principes

210. Licéité de la substitution de mandataire en cas de silence de la convention. – En pratique, il arrive que les parties règlent la licéité de la substitution de mandataire : la convention peut l'autoriser comme elle peut la proscrire[1319]. Dans les deux cas, la référence aux termes du mandat suffit pour juger de la licéité de cette opération ; l'intensité de l'*intuitus personae* importe peu[1320].

Cependant, la licéité de la substitution de mandataire pose plus de difficultés quand le contrat de mandat n'organise pas son régime. L'article 1994 du Code civil ne règle pas cette question.

Deux tendances doctrinales coexistent en droit belge.

Une première partie de la doctrine estime que le mandataire ne peut normalement pas se substituer autrui lorsque la procuration reste muette à cet égard. Certains auteurs fondent ce point de vue sur le caractère *intuitu personae* du mandat, qui imposerait toujours au mandataire de s'exécuter personnellement[1321]. Dans cette perspective, comme H. De Page et R. Dekkers le soulignent, « Le mandat est manifestement un contrat *intuitu personae* dans le chef du mandataire. Si je confie mes intérêts à une personne déterminée, c'est parce que j'ai confiance en elle, que je la juge capable de s'en charger, suffisamment soigneuse et diligente pour le faire. C'est là, peut-on dire, le bon sens même. Il en résulte qu'en principe, tout droit de substitution est interdit »[1322].

[1317] *Ibidem*, spéc. 385.

[1318] P.A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Formation permanente de la C.U.P., Liège, 2003, p. 17, n° 7.

[1319] Voy. not. sur ces hypothèses : P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 202-206, nos 138-139.

[1320] R. GILLIS, *De rechtstreekse aanspraak in de onderovereenkomst*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 27-28, nos 56-57.

[1321] C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Gand – Louvain, Éd. Story – Scientia, 1978, p. 97, n° 154 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 413, n° 414.

[1322] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 413, n° 414.

Selon une seconde conception, il convient d'admettre que la substitution constitue un droit pour le mandataire[1323]. Ces commentateurs se prévalent des travaux préparatoires du Code civil, dans lesquels la substitution apparait comme un droit, à moins que la convention de mandat comporte un *intuitus personae* doté d'une haute intensité[1324] : ainsi P. Wéry a-t-il notamment écrit « [qu'il] faut considérer que dans le silence du mandat, la substitution demeure un droit pour le mandataire. Avec toutefois ici aussi un bémol : lorsque le mandat est imprégné d'un fort *intuitu personae*, on doit, dans ce cas, en déduire une interdiction tacite de toute substitution »[1325].

211. Arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2006. – La Cour de cassation a statué sur la licéité de la substitution de mandataire dans l'hypothèse où le mandat ne règle pas cette question.

Un arrêt de la Cour du 6 février 2006 en témoigne[1326]. Cette affaire concerne le licenciement d'un travailleur d'une ASBL pour faute grave. Le conseil d'administration avait mandaté son président afin de le licencier. Le secrétariat social de l'ASBL se chargea de la notification du congé. Le travailleur assigna alors son ancien employeur : il prétendait que le secrétariat social n'avait pas reçu d'autorisation du mandant pour se substituer au président de l'ASBL, malgré l'ordre de licenciement que ce dernier lui avait donné. La Cour de cassation n'a pas fait droit à ce point de vue : elle a décidé « [qu'il] suit de l'article 1994 du Code civil, qui dispose que le mandataire répond de celui qui s'est substitué dans la gestion, que le mandant peut autoriser le mandataire à se faire représenter ou assister dans l'exécution du mandat. Cette autorisation peut être tacite »[1327].

Plusieurs auteurs estiment que cette décision consacre un droit à la substitution dans le chef du mandataire[1328]. Si cette opinion mérite l'approbation, nous pensons qu'il ne faut pas en exagérer la portée[1329]. Dans la première branche du moyen de cassation, le demandeur se réfère explicitement aux articles 1236 et 1237 du Code civil[1330]. La Cour confirme aussi « qu'en décidant

---

[1323] A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 547, n° 436 ; R. GILLIS, *De rechtstreekse aanspraak in de onderovereenkomst*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 28-29, n° 58 ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2001, p. 526, n° 278 ; P. WÉRY, « Le mandat », in *Rép. not.*, t. IX, L. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 184, n° 132 ; Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, Christophe-A. Marescq, 1887, p. 549, n° 549.

[1324] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 206-207, n° 140 ; P. WÉRY, « Le contrat de mandat : développements jurisprudentiels récents (2000-2010) », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 311-312, n° 50 ; P.A. FORIERS, « Observations sur l'article 1994 du Code civil et l'action directe née de la substitution », obs. sous Cass. 16 décembre 1977, *R.C.J.B.*, 1981, p. 473, n° 6.

[1325] P. WÉRY, « Le contrat de mandat : développements jurisprudentiels récents (2000-2010) », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 311-312, n° 50.

[1326] Cass., 6 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 307, *R.G.D.C.*, 2007, p. 96, note I. SAMOY.

[1327] *Ibidem.*

[1328] R. GILLIS, *De rechtstreekse aanspraak in de onderovereenkomst*, Malines, Kluwer, 2014, p. 28, n° 58 ; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 705, n° 839 ; P. WÉRY, « Le contrat de mandat : développements jurisprudentiels récents (2000-2010) », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, p. 312, n° 50 ; I. SAMOY, « Lastgeving – Verplichtingen lasthebber », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2006, Art. 1994 – 3, n° 3.

[1329] A. Van Oevelen situe prudemment cet arrêt dans le courant doctrinal classique, qui n'admet la substitution qu'avec l'autorisation du mandant. Voy. en ce sens : A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 547, n° 435.

[1330] Cass., 6 février 2006, *Pas.*, 2006, spéc. p. 311.

que le secrétariat social n'était pas mandaté pour licencier le défendeur et qu'en conséquence le congé est irrégulier, l'arrêt viole les dispositions légales citées au moyen, en cette branche »[1331]. La substitution mandataire obéit donc à la logique des articles 1236 et 1237 du Code civil : si le mandataire peut normalement se substituer autrui dans l'exécution de sa mission, le mandant peut y faire obstacle s'il parvient à démontrer qu'il dispose *in concreto* d'un intérêt à l'exécution personnelle du mandataire[1332]. Un *intuitus personae* de haute intensité justifie cet intérêt[1333].

2) Intérêt à l'exécution personnelle du mandant et intensité de l'*intuitus personae*

212. Référence aux particularités des obligations du mandataire. – À l'instar des principes applicables au paiement d'un tiers et d'un agent d'exécution, l'intensité de l'*intuitus personae* se déduit d'abord de l'examen des particularités de la mission que le mandant lui a confiée.

Il faut ainsi examiner l'objet concret des obligations du mandataire[1334] (*supra*, n° 199).

Le fait que le mandat porte sur un acte juridique *banal* ou *peu complexe* peut témoigner du fait que le mandant ne voit pas d'obstacle à la substitution. En effet, selon P.A. Foriers, « il faut rechercher les intentions réelles du mandant quant à la substitution. Certes le mandat présente toutes les caractéristiques d'un contrat *intuitu personae* quant à ses causes de dissolution, il reste cependant que le degré d'*intuitus personae* varie selon les cas. Le caractère banal de la mission à accomplir peut dès lors signifier que le mandant n'a pas d'objection à la substitution et qu'il n'a d'ailleurs pas intérêt à s'y opposer »[1335]. Par exemple, il arrive qu'un agent immobilier se voie chargé de conclure la vente d'une maison qui ne comporte aucune particularité et qui ne pose donc aucune difficulté pour tout agent immobilier normal[1336]. Dans ce cas de figure, les qualités du mandataire justifient tout au plus un *intuitus personae* au sens large ; le débiteur peut alors se substituer autrui dans le silence de la convention, sans que le mandant ait un intérêt à s'y opposer.

En revanche, une mission *complexe* témoigne plutôt du fait que le mandataire dispose des qualités *spécifiques* qui s'incorporent dans l'objet de ses obligations et qui excluent donc toute substitution. Par exemple, il se peut qu'un client ait chargé un agent immobilier de négocier et de conclure un contrat portant sur un objet très particulier, tel que la vente d'un château ; un amateur d'art peut demander à un expert de le représenter lors d'une vente publique afin d'expertiser et

---

[1331] *Ibidem*, spéc. pp. 313-314.

[1332] P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 298 ; Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, Christophe-A. Marescq, 1887, p. 540, n° 484. Voy. dans le même sens en droit français : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10e éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1948, p. 870, n° 1358.

[1333] P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 298.

[1334] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 72-73, n° 16 ; Fr. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Traité de droit civil belge*, t. III, *Les contrats*, vol. 4, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 107, n° 92 ; P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, pp. 298-299 ; R. GILLIS, *De rechtstreekse aanspraak in de onderovereenkomst*, Malines, Kluwer, 2014, p. 29, n° 59 ; P.A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services : obligations des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 133, n° 13 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36 Voy. not. en droit français : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 307, n° 561 ; Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, p. 199, n° 311.

[1335] P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.

[1336] R. GILLIS, *De rechtstreekse aanspraak in de onderovereenkomst*, Malines, Kluwer, 2014, p. 29, n° 59.

d'acheter des œuvres rares et anciennes. Dans ces deux situations, il est probable que le mandant ait choisi un mandataire doté de qualités très spécifiques qui lui permettront d'accomplir sa mission de façon satisfactoire[1337]. De ce fait, il y a place pour un *intuitus personae* au sens strict du terme qui justifie un intérêt à l'exécution personnelle du mandataire dans le chef du mandant.

Le cas échéant, à titre complémentaire, il nous semble que les cours et tribunaux peuvent toujours se référer à la finalité contractuelle et donc aux spécificités de la personnalité du mandataire afin de préciser l'étendue exacte de ses obligations[1338]. Un agent immobilier réputé dans le domaine de la vente de châteaux justifiera plus facilement un *intuitus personae* au sens strict du terme ; de même, la notoriété particulière d'un expert en art se projettera dans l'objet de ses obligations lorsque son mandant lui demandera de lui acheter des œuvres rares et anciennes.

213. Référence aux particularités de la relation des parties. – Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, le contrat de mandat représente un contrat de confiance[1339]. Cependant, à l'heure actuelle, plusieurs auteurs admettent que ce sentiment ne s'exprime plus avec autant de force[1340].

Il ne suffit donc pas de constater que le mandant fait confiance à son mandataire pour faire obstacle à la substitution. L'intérêt du mandant à l'exécution personnelle s'apprécie *in concreto*.

1° En règle, la confiance fonde un *intuitus personae* au sens strict du terme lorsque l'exécution des obligations du mandataire et du mandant repose sur leur *collaboration étroite*.

Cette idée s'observe dans les sociétés non personnalisées, telles que l'ancienne société momentanée[1341], l'ancienne association en participation, l'ancienne société de droit commun[1342], le consortium[1343] ou l'actuelle société simple[1344]. Dans ces contrats, l'exécution des obligations des associés se fonde sur une collaboration étroite qui suppose un haut degré de confiance : leurs obligations revêtent, en principe, un *intuitus personae* au sens strict[1345]. Un associé ne peut donc pas déléguer l'intégralité de son pouvoir de gestion à un tiers sans l'accord des autres parties[1346].

En outre, une collaboration étroite se rencontre dans certaines sociétés dotées de la personnalité juridique, comme la SPRL ou la SA, lorsqu'elles prennent place dans un contexte

---

[1337] S'agissant des mandats salariés, A. Bénabent souligne à bon droit que l'interdiction de la substitution vaut « surtout si le montant de la rémunération est également "*intuitu personae*" » (A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2014, p. 448, n° 929).

[1338] Voy. not. sur le principe : Cass., 24 février 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 66.

[1339] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. X, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 262, n°4.

[1340] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 71-73, n° 16 ; P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, pp. 295-299 ; P.A. FORIERS, « Louage d'ouvrage – Dépôt – Mandat », *J.T.*, 2004, p. 321, n° 11.

[1341] Liège, 22 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1419. Voy. not. en doctrine : L. WALLEMACQ, *Traité et formulaire des associations momentanées et en participation*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 96, n° 42.

[1342] F. MAGNUS, « La société de droit commun », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/1, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 86, n° 98.

[1343] Voy. not. en droit français : Ch.-H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 31-32, n° 47.

[1344] F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, pp. 949-950, nos 18-19.

[1345] Voy. not. en faveur d'un *intuitus personae* de haute intensité dans les sociétés non personnalisées : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 440, n° 767 ; F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et société », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 283, n° 41. Dans le même sens, M. Coipel remarque que l'*intuitus personae* s'avère « très présent » dans ces sociétés : M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés », in *Rép. not.*, t. XII, L. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 292, n° 484.

[1346] H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers – Cambrigde, Intersentia, 2012, pp. 248-249, n° 457. Voy. dans un sens similaire : D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, pp. 92-93, n° 52.

familial[1347]. Dans cette situation, une forte relation de confiance ou d'affection peut exister entre les administrateurs d'une personne morale. Une décision du Tribunal de commerce de Dendermonde du 7 novembre 2013 l'illustre[1348]. Dans cette affaire, relative à la dissolution d'une SPRL pour de justes motifs, le Tribunal a constaté que « *Ernstige en aanhoudende onenigheid binnen de venootschap heeft een verlammend effect en hypothekeert bijgevolg en per definitie de vennootschap, zeker in gevallen waar er slechts twee vennoten zijn en een contract* met een sterk intuïtu-personaekarakter *aan de grondslag ligt van de vennootschap* »[1349]. Dans cette logique, la juridiction a ajouté que « *Een bvba is in essentie een personenvennootschap, zodat het persoonlijk karakter van de relatie tussen de vennoten onderling inherent is aan dit type van vennootschap. Gaat deze relatie teniet, dan reflecteert dit onvermijdelijk ook op het lot van de vennootschap* »[1350].

2° Toutefois, il apparait que l'intensité de la confiance varie régulièrement d'une société à une autre en pratique. Un examen circonstancié s'impose en toute hypothèse.

Les associés peuvent d'abord tempérer les conséquences attachées à l'*intuitus personae*. L'article 4:1, alinéa 3, du Code des sociétés et des associations énonce d'ailleurs « [qu'à] moins qu'il n'en soit convenu autrement, [la société simple] est conclue en considération de la personne des associés ». De la sorte, les associés d'un contrat de société peuvent autoriser la *délégation ponctuelle* de pouvoir au profit d'un tiers ou d'un autre associé : ainsi une convention d'association peut-elle prescrire que « Les associés ne peuvent pas déléguer leurs responsabilités à un tiers. En revanche, ils peuvent déléguer certaines opérations ou décisions ponctuelles à un autre associé ».

Dans cet ordre d'idées, l'examen de certaines clauses d'un contrat de société, d'association ou de statuts montre parfois que la personnalité de l'un des associés ne s'avère pas essentielle. Il s'agit notamment du cas lorsqu'une clause prévoit que chaque associé peut démissionner *ad nutum* moyennant le respect d'un certain préavis ou quand un associé peut librement céder ses parts[1351].

Enfin, dans certaines circonstances, l'examen de l'objet des obligations des associés peut démontrer que la confiance ne constitue pas l'élément déterminant de leur relation. Un ancien arrêt de la Cour de cassation française du 18 janvier 1881 illustre ce propos[1352]. Une association en participation avait pour objet de mettre des ressources en commun afin de vendre des glaces ainsi que de régler les bénéfices et les pertes par compte. Un coparticipant tombé en déconfiture cède sa place à un tiers. Les associés restants réclament alors la dissolution de la société pour justes motifs. La Cour de cassation n'a pas fait droit à leur prétention. Tout d'abord, elle a constaté « [qu']aucune entente n'est requise pour la production de glaces, puisque chaque propriétaire doit séparément prendre des dispositions nécessaires pour cette production dans sa propriété »[1353]. Partant, « le maintien de la participation n'exige donc que l'exécution d'engagements faciles à remplir ; qu'elle

[1347] Comm. Dendermonde, 7 novembre 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 141 (somm.). Voy. not. sur l'*intuitus personae* dans les sociétés anonymes : A. MORIN, « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD. Com.*, 2000, pp. 323-324, n° 36 ; S. HÉLOT, « La place de l'*intuitus personae* dans la société de capitaux », *D.*, Chron., 1991, pp. 143-144.
[1348] Comm. Dendermonde, 7 novembre 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 141 (somm.).
[1349] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 142).
[1350] *Ibidem*.
[1351] P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, p. 196, n° 47.
[1352] Cass. fr. req., 18 janvier 1881, *D.*, 1881, 1, p. 244.
[1353] *Ibidem*, spéc. p. 245.

ne nécessite que peu de relations entre les coparticipants »[1354]. En somme, la Cour valide le rejet de la dissolution pour justes motifs et constate même que « l'état de liquidation et de déconfiture de Brun n'a jamais arrêté le fonctionnement de la participation, et qu'actuellement, par suite de la vente de ses glacières, un nouveau coparticipant solvable se trouve substitué au sieur Brun »[1355].

214. Tempéraments à l'exécution personnelle du mandataire en présence d'un *intuitus personae* au sens strict : substitution dans l'intérêt du mandant et substitution partielle. – Il nous semble que l'interdiction de la substitution n'a pas toujours un caractère absolu lorsque le mandataire se réifie dans l'objet de ses obligations. Il existe deux tempéraments à cette idée.

Primo, le mandataire peut avoir un intérêt légitime à se substituer autrui dans certaines circonstances. Les rédacteurs du Code civil n'ont effectivement pas retenu une interdiction générale de substitution dans le silence de la convention : selon eux, une telle prohibition « aurait, pour résultat, beaucoup de rigueur sans utilité. D'abord, il ne faut pas perdre de vue que le mandat est gratuit par nature, et qu'en matière de bons offices, il ne faut pas faire la loi trop dure à celui qui les rend. En second lieu, la loi ne doit pas prescrire des obligations telles que, dans certaines circonstances, il devient presque louable d'y déroger, comme cela arriverait si le mandataire tombait malade à un moment où *l'intérêt même du mandant* exigerait quelques démarches actives »[1356]. À notre sens, il ne convient pas d'exagérer la portée de ces propos, puisque les rédacteurs du Code ont principalement raisonné sur la base du mandat à titre gratuit. Cependant, à la lumière de cet extrait, la substitution se conçoit toujours lorsque le mandataire devient incapable d'exercer sa mission pour un motif extérieur à sa volonté et à la condition qu'elle présente un intérêt pour le mandant. Dans ce cas, le mandataire peut se substituer autrui tant que l'obstacle perdure.

Secundo, la substitution partielle du mandataire reste envisageable en présence d'un *intuitus personae* au sens strict, compte tenu des variations de structure qui affectent ce caractère. En effet, il arrive qu'un mandataire doive accomplir plusieurs actes juridiques pour le mandant : un mandat peut être libellé en des termes généraux et requérir *de facto* l'exécution de plusieurs obligations ; rien ne s'oppose à ce que le mandat énumère une liste d'actes juridiques précis à accomplir[1357]. En principe, dans ces deux cas, l'intensité de l'*intuitus personae* se mesure à l'échelle de chaque acte juridique incombant au mandataire. Ce dernier se réifie normalement dans les actes juridiques principaux qui lui reviennent ; il ne s'incorpore sans doute pas, à l'inverse, dans les actes juridiques accessoires. Si une personne charge un agent immobilier de vendre un bien de très grande valeur, l'agent devra se charger lui-même de conclure la vente. Toutefois, ce mandataire pourra se substituer un collaborateur pour l'exécution des actes accessoires : ainsi en est-il notamment de la conclusion des contrats avec le personnel d'entretien ou avec le personnel chargé d'embellir le bien avant l'arrivée des candidats-acheteurs. Ces actes juridiques ne comportent effectivement qu'un faible degré de complexité, de sorte qu'ils ne contiennent qu'un *intuitus personae* au sens large.

[1354] *Ibidem*.
[1355] *Ibidem*.
[1356] Nous soulignons. Voy. pour cet extrait : J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. X, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 223, n° 7.
[1357] Voy. sur le mandat libellé en termes généraux : Fr. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Traité de droit civil*, t. III, *Les contrats*, vol. 4, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 63, n° 41 ; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 690-691, n° 818.

B. Paiement par une personne morale

215. Intensité de l'*intuitus personae* ou de l'*intuitus firmae* dans le chef de la personne morale. – Une personne morale possède un patrimoine propre et, de ce fait, des qualités propres que son cocontractant peut ériger au rang d'élément déterminant lors de la conclusion du contrat. Dans ce cas, selon l'expression consacrée, le contrat présente un caractère *intuitu firmae*[1358].

L'intensité de la considération de la personne pose question dans cette hypothèse.

Une partie de la doctrine pense effectivement que les personnes morales justifient tout au plus un *intuitus personae* de faible intensité[1359]. Selon ces auteurs, la solvabilité et la réputation d'une société représentent les qualités souvent recherchées par leurs cocontractants : ces qualités constituent une garantie de l'exécution satisfactoire des engagements de la personne morale, mais elles ne suffisent pas à justifier son incorporation dans l'objet des obligations. P. Van Ommeslaghe écrit ainsi que l'*intuitus personae* au sens large « est d'ailleurs en pratique la seule manière d'appliquer la notion de contrat *intuitu personae* aux sociétés et aux autres personnes morales, puisqu'elle ne se conçoit guère dans ce cas selon la première acception [*i.e.* au sens strict]. C'est la raison pour laquelle on parle volontiers dans ce cas de contrats conclus *intuitu firmae* » [1360].

Nous ne souscrivons pas à cette opinion : s'il est vrai qu'une personne morale justifie rarement un *intuitus personae* de haute intensité, cette situation s'observe en pratique[1361]. Une autre partie de la doctrine belge fournit plusieurs exemples convaincants à cet égard. Pour F. Mourlon Beernaert, il est possible « même si les exemples sont peu nombreux, de conclure un contrat *intuitu personae sensu stricto* avec une société. Ainsi, un contrat conclu avec un cabinet d'architecture précis, en raison d'une œuvre particulière qu'il a réalisée auparavant, sera conclu *intuitu personae sensu stricto* avec cette société »[1362] ; de même, selon K. Geens, « il est évidemment plus rare que la personne ou les qualités d'une personne morale soient l'objet ou la cause d'un contrat que celles

---

[1358] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, pp. 281-282, n[os] 31-39 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2024, n° 1401 ; B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 78-79, n[os] 51-52 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 291, n° 428 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 244 et suivantes. Voy. not. en droit français à ce sujet : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n[os] 59-60 ; C. PRIETO, *La société contractante*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1994, pp. 412 et suivantes.

[1359] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2024, n° 1401. Voy. dans le même sens en droit français : M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 133-134, n° 139.

[1360] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2024, n° 1401.

[1361] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 35 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 155, n° 27.

[1362] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 35. Comp. avec B. Louveaux qui voit un *intuitus personae* atténué quand une société d'architecte conclut la convention : B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 78-79, n[os] 51-52. Cons. également sur cette question : S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijk analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 165-167, n° 90.

d'une personne physique. Mais il n'est pas impensable qu'il puisse en être ainsi, p.e. dans le cas d'une société civile professionnelle, ou dans le cas d'une personne morale administrateur »[1363].

Dès lors, nous pensons que l'*intuitus personae* – ou l'*intuitus firmae* – varie de la même façon que le contrat soit conclu avec une personne physique ou avec une personne morale[1364].

216. Intensité de l'*intuitus personae* dans le chef d'un tiers au contrat conclu par la société. – Les membres d'une personne morale – actionnaire principal, dirigeant effectif ou employé – peuvent justifier le caractère *intuitu personae* du contrat qu'elle a conclu. Dans ce cas, la considération de la personne réside dans le chef d'un tiers au contrat (*supra*, n° 163).

La prise en considération des tiers à la personne morale revêt une importance déterminante dans le domaine des contrats passés avec les titulaires de profession libérale. Un nombre important de prestataires de services exercent leur activité en société unipersonnelle : il en va ainsi en présence, par exemple, d'une société d'avocats[1365], de médecins[1366] ou encore d'architectes[1367].

Dans cette situation, l'intensité de l'*intuitus personae* varie en pratique.

Il nous semble que le tiers peut se trouver à la source d'un *intuitus personae* au sens strict du terme. La personnalité d'un actionnaire, dirigeant effectif ou même d'un employé s'incorpore parfois dans l'objet des obligations de la personne morale, au point que le créancier n'envisage pas leur exécution satisfactoire sans elle. Par exemple, cette situation se rencontre lorsqu'un peintre de renommée internationale exerce son activité en société unipersonnelle ; un avocat, un chirurgien ou un architecte nanti de qualités spécifiques peut se charger d'une prestation de service complexe et donc justifier un *intuitus personae* de haute intensité, même s'il exerce en société unipersonnelle[1368]. Cette idée s'applique même à certaines conventions conclues par les sociétés anonymes. Dans un arrêt du 5 octobre 1988, relatif à la dissolution d'un contrat contracté par une agence publicitaire nommé BBDO, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que cette société « *een aantal medewerkers had aan te trekken die een eigen stijl hadden gegeven aan de werkzaamheden verricht in het kader van die rechtspersoon; dat de medecontractanten van BBDO met die vennootschap contracteerden gelet op heel specifieke eigenschappen van de onderneming die grotendeels te danken waren aan het creatief talent en de kwaliteiten van het tewerk gestelde personeel* »[1369]. Le départ des employés de la SA – à la suite de sa fusion – rendait donc son contrat impossible à exécuter en nature, car d'autres agents d'exécution ne pouvaient se subsister à eux.

Toutefois, lorsque la personne d'un tiers colore le contrat passé par sa société, il faut concéder qu'il justifiera le plus souvent un *intuitus personae* au sens large du terme. Il est vrai que l'exercice d'une activité libérale dans une association dotée de *plusieurs* prestataires dilue

---

[1363] K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 155, n° 27.
[1364] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 281, n° 32.
[1365] Voy. l'article 4.14 du Code de déontologie de l'avocat rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013.
[1366] Voy. l'article 163 du Code de déontologie médicale élaboré par le Conseil national de l'Ordre des médecins, https://www.ordomedic.be.
[1367] Voy. l'article 2, §2, de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 25 mars 1939. Sur cet article, issu de la loi du 15 février 2006 dite « Laruelle » : S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijke analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 150-153, n° 86.
[1368] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 281, n° 32.
[1369] Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.

l'intensité de ce caractère[1370] : le client peut s'attendre à ce qu'un agent d'exécution assiste ou remplace le prestataire qu'il avait en vue lorsque la personne morale procède habituellement de la sorte. Par une décision du 14 mars 1989, le Juge de paix de Molenbeek-Saint-Jean a rappelé qu'il « n'est pas anormal qu'au sein d'un cabinet d'avocats, le travail est distribué aux collaborateurs, qui l'effectuent en leur qualité de collaborateur de l'avocat *dominus litis*, et en son nom »[1371]. Dans le même sens, si un patient conclut un contrat avec un hôpital (*all in one contract*), il se peut qu'un médecin du même département remplace celui qu'il avait initialement consulté[1372] (*supra*, n° 208).

§4. – Conclusion intermédiaire

217. Fondements de l'intérêt du créancier à l'exécution personnelle du débiteur : théorie de la réification du débiteur dans l'objet de son obligation. – Le créancier peut réclamer l'exécution personnelle de son débiteur en présence ou en l'absence d'une clause contractuelle.

Tout d'abord, il arrive que les parties règlent la question de l'exécution des obligations par un tiers. Ces stipulations permettent de caractériser l'intensité de l'*intuitus personae*. Une convention peut prévoir que « Le contrat est strictement personnel dans le chef de X ». À l'inverse, dans d'autres cas, les parties autorisent le paiement d'un tiers sous certaines conditions. L'exécution personnelle du débiteur dépend de la rédaction de ces clauses (*supra*, n^{os} 188-189).

Un intérêt à l'exécution personnelle se conçoit également dans le chef du créancier en l'absence de toute clause contractuelle. La solution dépend de l'intensité de la considération de la personne. En effet, dans certaines situations, le débiteur peut justifier un *intuitus personae* au sens strict du terme : il s'agit du cas lorsque ses qualités s'incorporent dans le contenu de l'obligation qu'il doit accomplir, au point qu'il peut seul l'exécuter en nature de façon satisfactoire sans en modifier le contenu initial. Le créancier peut alors invoquer l'article 1237 du Code civil. En revanche, les qualités du débiteur déterminent parfois le consentement du créancier, sans s'incorporer dans le contenu de la prestation qu'il doit remplir : un tiers doté de qualités équivalentes à celles du débiteur peut s'acquitter de l'obligation à sa place. Cet *intuitus personae* au sens large ne justifie donc pas, en principe, un intérêt à l'exécution personnelle (*supra*, n° 191).

218. Intérêt à l'exécution personnelle du créancier lors du paiement d'un tiers ou d'un agent d'exécution. – En pratique, les cours et tribunaux apprécient souverainement l'intensité de l'*intuitus personae*, telle qu'elle ressort *in concreto* de la volonté des parties. Les juridictions disposent de plusieurs outils interprétatifs afin d'atteindre ce résultat. L'application de l'article 1237 du Code civil au paiement provenant d'un tiers ou d'un agent d'exécution le démontre.

L'examen des particularités de l'objet des obligations du débiteur constitue le point de départ du raisonnement. *Primo*, la référence à la nature abstraite d'une prestation suffit parfois pour cerner l'étendue de la considération de la personne : la fongibilité naturelle d'une obligation de *dare* permet toujours à un tiers de l'exécuter à la place du débiteur, de sorte qu'il y a tout au plus

---

[1370] S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijk analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, p. 167, n° 90 ; B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 78, n° 51.

[1371] J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 mars 1989, *J.T.*, 1989, p. 384.

[1372] Voy. sur cette question : C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, pp. 29-30, n° 15 ; Th. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 2^{e} éd., Bruxelles – Anvers – Apeldoorn, Bruylant – Maklu – Ced. Samsom, 1992, pp. 566-567, n° 855.

place pour un *intuitus personae* au sens large ; à l'inverse, s'agissant des obligations de *non facere,* la personne du débiteur s'incorpore en règle en leur sein et justifie un *intuitus personae* au sens strict. *Secundo*, la référence à l'objet concret d'une obligation de *facere* s'impose pratiquement en toute hypothèse : certains auteurs pensent que l'exécution d'une prestation banale ne suppose qu'un *intuitus personae* de faible intensité, tandis que le paiement d'une obligation complexe en requiert un de haute intensité. *Tertio,* à titre complémentaire, il convient d'avoir égard à la finalité contractuelle, c'est-à-dire aux particularités de la personnalité du débiteur – telle sa réputation – pour cerner l'étendue précise de ses obligations et donc de l'*intuitus personae* (*supra,* n^os^ 198-200).

Dans cette logique, l'examen des particularités de la relation des cocontractants permet aussi de déterminer l'intensité de la considération de la personne. La confiance qu'une partie porte à l'autre peut effectivement se trouver à la base d'un *intuitus personae* au sens large : ainsi en est-il quand la moralité ou l'honorabilité a déterminé le consentement du créancier. Un tiers ou un agent d'exécution doté de qualités subjectives équivalentes peut s'exécuter à la place du débiteur. En revanche, lorsque l'exécution des obligations requiert la collaboration étroite des parties, la confiance revêt en général une telle intensité qu'elle justifie un *intuitus personae* au sens strict. Cette idée se vérifie notamment pour certains contrats de travail ou pour certains contrats de distribution commerciale. Il arrive aussi que l'affection colore la relation des parties. Dans ce cas, selon d'aucuns, ce sentiment justifie un *intuitus personae* de haute intensité (*supra,* n^os^ 202-204).

Enfin, la référence à certains modes objectifs d'interprétation de la volonté des parties s'impose afin de délimiter la portée exacte de leurs obligations. Plusieurs dispositions légales indiquent le degré d'implication personnelle que le créancier peut attendre de son débiteur ; les normes déontologiques ou les principes de bonne conduite d'une profession imposent parfois à un prestataire de services de se faire assister ou remplacer par un agent d'exécution quand l'exécution d'une obligation dépasse sa compétence. Dans un dernier temps, il apparait que les usages et que la manière dont le débiteur exerce habituellement son art aident aussi à cerner le degré d'implication personnelle que le créancier peut normalement attendre de lui (*supra,* n^os^ 205-208).

219. Intérêt à l'exécution personnelle du créancier lors du paiement d'un mandataire substitué ou d'une personne morale. – Le créancier peut invoquer un intérêt à l'exécution personnelle de son débiteur lorsque le paiement provient d'un mandataire substitué ou d'une personne morale. Les outils interprétatifs de la volonté des parties valent dans ces deux cas.

La licéité de la substitution de mandataire pose des difficultés dès lors que la convention reste muette à ce sujet. La solution nous parait dépendre de l'intensité concrète de l'*intuitus personae*. De la sorte, l'examen de l'objet des obligations contractuelles du mandataire s'impose au premier chef : le fait que ce débiteur se charge d'accomplir un acte juridique complexe constitue un indice de la présence d'un *intuitus personae* au sens strict ; le fait que le mandataire doive exécuter une mission banale peut signifier, à l'inverse, que le mandant ne voit pas d'objection à la substitution. Par ailleurs, à la lumière de la relation existant entre les parties, la confiance peut revêtir une intensité qui justifie l'incorporation du mandataire dans le contenu de ses obligations : aussi l'associé d'une société non personnalisée ou d'une association ne peut-il déléguer l'ensemble de son pouvoir de gestion à un tiers sans l'accord de l'ensemble des associés (*supra,* n^os^ 210-214).

En définitive, rien ne s'oppose à ce que l'intensité de la considération de la personne varie dans les contrats conclus par les personnes morales. Si les qualités d'une société justifient que l'*intuitus personae* – ou l'*intuitus firmae* – revête souvent un sens large, plusieurs auteurs remarquent qu'elles permettent également à ce caractère de s'exprimer dans sa forme stricte. Le

même raisonnement s'applique lorsqu'un tiers – actionnaire de référence, dirigeant effectif ou agent d'exécution – a déterminé le consentement du cocontractant de la personne morale. En l'occurrence, si l'*intuitus personae* présente généralement une faible intensité, la personnalité du tiers peut colorer les obligations de la personne morale de façon plus intense (*supra*, n^{os} 215-216).

Section 3. L'exécution personnelle justifiée par des motifs étrangers au contenu de l'obligation du débiteur

220. Plan. – L'exécution personnelle du débiteur ne se fonde pas toujours sur des motifs liés au contenu de l'obligation à exécuter. Dans cette section, nous verrons que le créancier peut invoquer l'article 1237 du Code civil afin d'éviter la survenance d'un préjudice (**§1er**). Nous montrerons que le commun accord du créancier et du débiteur exclut aussi le paiement d'un tiers. À cette occasion, nous préciserons quand le débiteur peut réclamer l'exercice personnel des droits du créancier (**§2**).

§1er. – Volonté du créancier d'éviter la survenance d'un préjudice

221. Préjudice lié à la personnalité du tiers *solvens* ou étranger à celle-ci. – Le créancier a un intérêt à l'exécution personnelle du débiteur si le paiement du tiers lui cause un préjudice[1373]. Ce dernier peut trouver sa source dans la personnalité de ce *solvens* (**A**) ou être étranger à celle-ci (**B**).

A. Préjudice lié à la personnalité du tiers *solvens*

222. Fondements du droit d'opposition du créancier. – Par un arrêt du 28 septembre 1973, la Cour de cassation a décidé que le créancier peut avoir « un intérêt légitime à ce que le payement ne soit pas fait, à la décharge du débiteur, par un tiers déterminé qui désire l'acquitter »[1374]. D'une autre décision du 2 février 2012, il ressort aussi que « Cet intérêt doit être propre au créancier »[1375].

Si une majorité de la doctrine approuve cette opinion[1376], il est vrai qu'une autre partie la critique également[1377]. Ces auteurs pensent que l'article 1237 du Code civil ne reconnait pas d'intérêt à l'exécution personnelle du débiteur pour des motifs relatifs à la personnalité du tiers *solvens* : le créancier ne pourrait faire valoir son droit que pour des raisons objectives issues de la nature de l'obligation. En effet, selon S. Rutten, « *Artikel 1237 B.W. hanteert een objectief criterium bij de beoordeling van het belang van de schuldeiser, waarbij het weigeringsrecht van de schuldeiser voortvloeit uit de inhoud en de strekking van de verbintenis, terwijl krachtens de door het Hof van Cassatie aangenomen opvatting een subjectief belang van de schuldeiser volstaat*

[1373] Voy. not. à cet égard en droit français : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 584, n° 1077 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542.

[1374] Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, spéc. p. 241.

[1375] La Cour indique alors que « Les vices qui concernent les rapports entre le tiers payeur et le débiteur ne constituent pas pour le créancier un intérêt pour refuser le paiement d'un tiers » (Cass., 2 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 253).

[1376] Voy. not. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 583-584, n° 637 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 612 ; C. MARR, « Le paiement : modalités, instruments et imputation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 34-35, n° 17 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 95, n° 134 ; S. STIJNS, P. WÉRY et D. VAN GERVEN, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 835-836, n° 43 ; J.A. VAN DAMME, « Aspects juridiques du paiement par un tiers », obs. sous Cass. 28 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, pp. 246-248, nos 9-10. Voy. également en faveur d'une telle solution : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 404-405, n° 408.

[1377] S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 34, n° 42. Voy., dans un sens similaire, en défaveur d'une interprétation extensive de l'article 1237 du Code civil : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 484, n° 385.

»[1378]. Cet auteur ajoute alors que seul le principe général de l'interdiction de l'abus de droit permettrait aux juges de priver le tiers de son droit au paiement pour des raisons subjectives[1379].

Ce point de vue ne nous convainc pas. À notre sens, les rédacteurs du Code civil n'ont pas pensé l'article 1237 dans un cadre objectif ou subjectif. Ils l'ont élaboré de façon pragmatique au départ de l'exemple de la réalisation d'une œuvre d'art : ainsi le Tribun Jaubert affirma-t-il que « Mais comme les droits du créancier ne peuvent jamais être diminués sans son consentement, il est tout simple que l'obligation de faire ne puisse être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque le créancier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même, par exemple, s'il s'agit d'un ouvrage d'art »[1380]. Dans cette logique, afin d'assurer la protection des intérêts du créancier, il convient d'admettre que ce dernier peut invoquer l'article 1237 du Code civil pour des motifs relatifs à la personnalité du tiers *solvens*. Par exemple, un prestataire de services pourrait refuser le paiement d'un ami de son client s'il parvient à démontrer que ce *solvens* trempe dans des activités illicites de fraude ou de blanchiment ; des parents pourraient aussi s'opposer à ce qu'un gardien d'enfants délègue temporairement ses fonctions à un tiers condamné pour faits de mœurs.

223. Application de l'article 1237 du Code civil aux obligations de *dare*. – Même si l'article 1237 du Code civil n'inclut pas les obligations de *dare*, la Cour de cassation a affirmé que « le créancier a le droit de refuser que l'obligation soit acquittée par un tiers, non seulement lorsque le débiteur s'est obligé à faire une chose, mais aussi lorsqu'il s'est obligé à donner une chose »[1381].

La doctrine reste divisée sur cette interprétation extensive de l'article 1237 du Code civil. Une majorité des auteurs approuvent l'élargissement du libellé de cette disposition aux obligations de donner[1382] ; d'autres estiment, à l'inverse, que le créancier n'aurait jamais intérêt à s'opposer à l'intervention du tiers *solvens* pour cette sorte d'obligation : son paiement le désintéresse en toute hypothèse[1383]. C'est pour cette raison qu'une stricte lecture de cette disposition s'imposerait[1384]. De la sorte, L. Cornelis conclut que « *het Hof van Cassatie heeft evenwel aangenomen* – contra legem – *dat de schuldeiser ook de betaling van verbintenissen om iets de geven of niet te doen door dergelijke derde kan weigeren, wanneer hi daartoe een rechtmatig belang kan aantonen* »[1385].

[1378] S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 34, n° 42.
[1379] *Ibidem*, p. 35, n° 43.
[1380] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 462, n° 7. Ce point de vue se calque sur les propos de Bigot-Préameneu lors de l'exposé des motifs de l'article 1237 de Code civil (J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 365, n° 115).
[1381] Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 92, *R.C.J.B.*, 1974, p. 241, note J.A. VAN DAMME.
[1382] Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 582, n° 637 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 612 ; R. STEENNOT, « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, p. 6, n° 6 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 95, n° 134 ; J.A. VAN DAMME, « Aspects juridiques du paiement par un tiers », obs. sous Cass. 28 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, pp. 246-248, nos 9-10.
[1383] Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, Christophe-A. Marescq, 1887, p. 484, n° 492. Il est intéressant de remarquer que R.-J. Pothier prônait déjà cette solution avant l'avènement du Code civil (R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. II, Paris – Orléans, Debure l'aîné – Rouzeau Montaut, 1761, p. 9, n° 464).
[1384] G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. II, 2e éd., Paris, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1902, pp. 474-475, n° 1405 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 70, n° 74.
[1385] L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groningen, Intersentia, 2000, p. 484, n° 385.

Nous ne souscrivons pas à ces réserves. L'inclusion des obligations de donner dans l'article 1237 du Code civil nous parait reposer sur les mêmes raisons que celles permettant de justifier l'existence du droit d'opposition du créancier au départ de motifs relatifs à la personne du tiers *solvens*. En effet, les rédacteurs du Code civil ont pensé cet article de façon pragmatique, sur la seule base de l'exemple de l'ouvrage d'art[1386]. Dans le sillage des réflexions du Tribun Jaubert, Bigot-Préameneu déclarait simplement que « Le créancier ne pourrait se refuser à recevoir le paiement de ce tiers, à moins qu'il n'eût un intérêt à ce que l'obligation fût acquittée par le débiteur lui-même. C'est ainsi que l'obligation contractée pour un ouvrage d'art est déterminée par le talent personnel de l'artiste ; un tiers ne doit pas être admis à le suppléer »[1387]. Il nous semble donc que les lacunes des travaux préparatoires du Code civil ne peuvent pas s'interpréter comme un rejet catégorique des obligations de *dare* du champ d'application de l'article 1237 du Code civil.

De ce fait, à l'instar de H. De Page, il faut admettre que l'article 1237 du Code civil « s'applique principalement *aux obligations de faire*, dans la pratique des choses ; mais elle n'est pas limitée, croyons-nous, à cette catégorie d'obligations. Sans doute, les obligations de donner où la considération de la personne du débiteur est essentielle sont extrêmement rares, voire même malaisément concevables ; mais il ne faut pas les écarter nécessairement. L'article 1237, en ne parlant, dans son texte, que des "obligations de faire", ne statue que *de eo quod plerumque fit* »[1388].

224. Contenu de l'intérêt légitime fondé sur la personnalité du tiers *solvens*. – Dans certains cas, le créancier a un intérêt à s'opposer au paiement d'un tiers en raison de motifs relatifs à sa personnalité. Cette question se pose en présence d'une obligation *intuitu personae* au sens large, pour laquelle il est admis que le débiteur initial peut se faire remplacer (*supra*, n° 191)[1389].

1° Tout d'abord, une raison peut tenir dans le fait que le *solvens* – tiers, agent d'exécution ou mandataire substitué – ne présente pas un *pouvoir libératoire* équivalent à celui du débiteur[1390].

Dans cette situation, le créancier peut refuser l'intervention du tiers à la condition de démontrer *in concreto* que son paiement ne lui apportera pas satisfaction, c'est-à-dire qu'il ne pourra pas exécuter l'obligation telle que conçue avec le débiteur à la base ; l'intérêt du créancier se justifie alors par le fait que le paiement du tiers modifie la teneur de l'obligation initiale[1391].

Cette idée se vérifie lorsque le tiers *solvens* ne dispose pas d'une qualité objective, d'un agrément ou d'une certification nécessaire à l'exécution satisfactoire des obligations du débiteur. Un distributeur de kits de diagnostic rapides pourrait refuser à son partenaire de recherche et de développement de déléguer ses obligations à un sous-traitant nanti de la norme ISO 9001, alors que le contrat exige que tout intervenant au projet doit répondre à la norme 13485 plus contraignante.

[1386] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 462, n° 7.
[1387] *Ibidem*, p. 365, n° 115.
[1388] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 404-405, n° 408. Voy. not. dans le même sens en droit français : J. ISSA-SAYEGH, « Contrats et obligations – Extinction des obligations – Paiement : Caractère généraux. Parties. Effets », in *Juris-Classeur. Code civil*, Fasc. n° 20, 2013, n° 58.
[1389] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 247, n° 438.
[1390] P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD. Civ.*, 1945, p. 84, n° II.
[1391] Cons. not. : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 367, n° 404. Cons. not. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 140, n° 102.

De surcroit, s'agissant de la distribution commerciale, un fournisseur peut s'opposer à ce que l'un de ses distributeurs sélectifs sous-traite ses obligations à une société non agréée. L. du Jardin écrit effectivement que « le caractère *intuitu personae* ne s'oppose pas seulement à la cession du contrat sélectif, mais également à sa sous-traitance puisque celle-ci ne garantit plus le respect des critères. Seule la sous-traitance à un autre distributeur agréé resterait concevable »[1392].

2° Selon nous, ces principes valent également lorsque l'*intuitus personae* repose sur les qualités subjectives, telles que la moralité ou l'honorabilité du débiteur (*supra*, n° 189).

C'est d'ailleurs dans cette perspective que la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 1973 s'inscrit[1393]. Un assureur avait intérêt à s'opposer au paiement d'un tiers dont la réputation déplorable nuisait à son image. Lors d'un arrêt du 16 février 1950, la Cour d'appel de Bruxelles a constaté que l'honorabilité d'un architecte avait déterminé le consentement d'une fabrique d'église[1394]. Ensuite, la Cour a prononcé la résolution du contrat en raison de la condamnation pénale de l'architecte qui avait « perdu une des qualités envisagées comme essentielles pour l'accomplissement normal de sa mission, qui ne pouvait être menée à bonne fin sans qu'il conservât la confiance et l'estime de toutes les personnes avec lesquelles il était appelé à avoir de fréquents rapports »[1395]. Par identité de motifs, il nous semble que la fabrique d'église aurait également pu s'opposer à l'intervention d'un agent d'exécution condamné pénalement.

Dans certains cas, il arrive que le créancier doive exercer son droit d'opposition dans le respect des règles applicables à son secteur d'activité. Une banque peut notamment s'opposer au remboursement du crédit par la caution de l'un de ses clients lorsqu'elle apprend que les fonds proviennent d'opérations de blanchiment d'argent. Toutefois, en l'occurrence, l'institution financière ne peut pas se soustraire aux dispositions de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment[1396]. Les articles 47 à 54 de cette loi lui imposent ainsi d'effectuer une déclaration de soupçon à la CTIF quand elle détecte une opération atypique, c'est-à-dire une « opération qui n'est pas cohérente par rapport aux caractéristiques du client, à l'objet et à la nature de la relation d'affaires ou de l'opération concernée, ou au profil de risque du client et qui, de ce fait, est susceptible d'être liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme »[1397].

B. Préjudice étranger à la personne du tiers *solvens*

225. Opposition du créancier en raison d'un préjudice ou de la perte d'un avantage certain. – La personnalité du tiers *solvens* ne représente pas la seule source de dommage pour le créancier.

[1392] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 74, n° 77. Toutefois, à cet égard, il est vrai que le distributeur dispose d'une marge d'action plus ample en ce qui concerne les contrats de distribution *non sélective*. Le droit de s'organiser librement implique alors la possibilité de pouvoir recourir à un sous-traitant, à la condition de ne pas réduire la force ou la portée des obligations à exécuter (L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 920, n° 7).

[1393] Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J.A. VAN DAMME.

[1394] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.

[1395] *Ibidem*, spéc. 37.

[1396] Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017.

[1397] Voy. sur cette définition : l'article 1, 6°, de l'Arrêté royal portant approbation du règlement de la Banque nationale de Belgique du 21 novembre 2017 relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *M.B.*, 10 décembre 2017. Voy. dans un sens similaire : l'article 1, 7°, du règlement du 3 juillet 2018 de l'Autorité des services et marchés financiers relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

En effet, aux termes d'une partie de la doctrine française, un paiement peut occasionner un dommage au créancier, sans que la personne de ce tiers pose une quelconque difficulté[1398].

Certains auteurs français considèrent que le créancier peut s'opposer au paiement d'un tiers afin d'éviter *la survenance d'un préjudice*[1399]. Ils citent alors une décision de la Cour de cassation française du 23 février 1972 pour illustrer cette idée[1400]. Un preneur à ferme a cédé son bail à son fils avec le consentement tacite des propriétaires. Cependant, la Cour d'appel de Paris constate que le preneur originaire a adopté une « attitude équivoque » à l'égard de la cession, sans doute afin de faire croire que cette opération n'a jamais eu lieu : il saisit un tribunal paritaire pour obtenir l'autorisation de céder le bail à un autre de ses fils ; de même, il paie des fermages à la place de son fils – le cessionnaire – quand ce dernier reçoit un commandement de payer. Les propriétaires s'opposent alors aux paiements des fermages par le père sur la base de l'article 1237 du Code civil. Dans ce cadre, la Cour de cassation a validé l'arrêt des juges du fond, qui « ont estimé à bon droit que les époux Fortin étaient fondés à refuser, comme susceptibles "de constituer un commencement de preuve de prétentions abusives", les paiements effectués [...] à titre personnel »[1401].

Dans un sens similaire, il apparait que le créancier peut aussi se prévaloir de l'article 1237 du Code civil pour *éviter la perte d'un avantage*[1402]. Un arrêt de la Cour de cassation française du 24 juin 1913 le montre[1403]. Une crédirentière veut mettre en œuvre un pacte commissoire exprès, à la suite du défaut de paiement de ses débirentiers en état de liquidation judiciaire et partis de la maison achetée sous rente. Le créancier hypothécaire des débirentiers propose de s'acquitter de cette dette. La crédirentière s'y oppose. Selon elle, ce paiement la priverait de la faculté de dissoudre immédiatement le contrat, alors que ces débirentiers ne pourront sans doute plus jamais l'exécuter. La Cour d'appel a fait droit à cette prétention. La Cour de cassation a approuvé cette décision, en rappelant que « si le créancier ne peut, en général, refuser le paiement de la dette qui lui est offert par un tiers en vertu de l'article 1236 C. civ., il en est autrement lorsque l'acceptation de cette offre serait de nature à lui causer un préjudice ; [...] que la simple offre du payement des arrérages échus, sans aucun engagement de la part [du créancier hypothécaire] ni du liquidateur judiciaire d'assurer, pour l'avenir, l'exécution du contrat, *ne pourrait priver la venderesse du bénéfice d'une action* dont elle s'était réservé l'exercice par la clause [résolutoire expresse] »[1404].

[1398] F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542.

[1399] *Ibidem.*

[1400] Cass. fr. 3e civ., 23 février 1972, *Bull. civ.*, 1972, III, p. 92.

[1401] *Ibidem*.

[1402] F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542

[1403] Cass. fr. civ., 24 juin 1913, *D.P.*, 1917, I, p. 38.

[1404] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 39).

§2. – Accord entre le créancier et le débiteur

226. Accord des parties et preuve d'un intérêt. – En droits belge[1405] et français[1406], plusieurs auteurs enseignent que l'accord du créancier et du débiteur fait échec aux prétentions d'un tiers *solvens*. C. Demolombe écrivait déjà, à cet égard, « Arrière donc ce bienfaiteur à outrance ! »[1407].

La portée de ce principe pose question. En effet, il convient de se demander si le créancier et le débiteur peuvent se limiter à opposer leur accord, sans fournir la preuve d'un intérêt au tiers. Ce point de vue s'accorde avec le principe de l'opposabilité des effets externes des contrats : l'engagement des parties constitue effectivement une convention dont les tiers doivent respecter l'existence[1408]. Toutefois, dans un autre sens, la logique de l'article 1237 du Code civil voudrait que les parties prouvent qu'elles ont concrètement un intérêt à refuser le paiement offert par le tiers.

Un arrêt de la Cour de cassation française du 29 mai 1953 a abordé cette problématique[1409]. Dans cette affaire, la Cour a rallié les rangs du deuxième point de vue. Les époux Coste – propriétaires d'un immeuble – deviennent titulaires d'une créance à la suite d'un jugement à l'égard de leur ancien locataire commercial – Jean Nicolau. Le frère de ce dernier – Pierre Gérard Nicolau – est aussi son créancier sur fonds de commerce. Ce second créancier décide de faire tierce opposition contre l'arrêt qui consacre la créance des époux à l'égard de son frère. Les époux Coste font offre réelle, à Pierre Gérard Nicolau, du montant de la créance qu'il détient vis-à-vis de son frère afin de faire échec à son recours en justice. Les deux frères s'opposent à ce paiement sans motiver leur décision. Sur la base de ces circonstances, la Cour de cassation française a alors rappelé que « si la règle posée par l'art. 1236 du Code civil reçoit exception lorsque le débiteur et créancier sont d'accord pour refuser le payement, cette exception ne saurait être admise lorsque la personne qui a intérêt légitime à payer ne se voit opposer aucune raison légitime de ce refus »[1410].

227. Preuve de l'intérêt dans le chef du créancier et du débiteur : distinction entre les tiers intéressés et non intéressés. – Nous ne partageons pas entièrement l'opinion adoptée par la Cour de cassation française dans sa décision du 29 mai 1953. Il faut ainsi distinguer deux situations afin de savoir si le créancier et le débiteur peuvent opposer leur accord aux tiers sans aucun intérêt[1411].

[1405] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 584, n° 637 ; R. STEENNOT, « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, p. 6, n° 6 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 37, n° 46 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groningen, Intersentia, 2000, p. 484, n° 385 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 402, n° 406, B.

[1406] F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p.1370, n° 1317 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 584, n° 1077 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. II, 2e éd., Paris, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1902, p. 467, n° 1394.

[1407] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 57, n° 59.

[1408] Voy. sur ce principe : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 863-871, nos 922-933 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 657-667, nos 424-429.

[1409] Cass. fr. 29 mai 1953, *D.*, 1953, p. 516.

[1410] *Ibidem.*

[1411] En outre, l'accord du créancier et du débiteur ne peut pas avoir pour objet de frauder les droits du tiers. Selon la Cour de cassation française, il ne peut donc y avoir de collusion frauduleuse entre les cocontractants (Cass. req., 7 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937, II, p. 386). Cette opinion cadre avec le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, qui empêche l'auteur d'une fraude de se prévaloir des effets de celle-ci (Cass., 30 septembre 2015, *J.T.*, 2015, p. 844, note

Le point de vue de la Cour de cassation française se conçoit mal dès lors que le paiement émane d'un *tiers non intéressé*, qui n'a pas d'intérêt direct à l'exécution de la dette du débiteur. Les travaux préparatoires du Code civil le confirment, lorsque le Tribun Jaubert énonce que l'article 1236, alinéa 2, du Code civil « concilie tout. Le créancier est désintéressé : la condition du débiteur ne peut jamais être aggravée ; elle peut au contraire être adoucie. Les affections douces et charitables pourront exercer leur empire »[1412]. De cet extrait, il ressort que le Code civil fonde le paiement des tiers non intéressés sur des considérations *favorables à la libération du débiteur*[1413]. Dans ce cas, le créancier et le débiteur ne doivent donc pas démontrer l'existence d'un intérêt pour faire échec au paiement d'autrui. Si le débiteur refuse l'aide du tiers, ce dernier ne peut le forcer à accepter ; l'accord des parties s'impose à lui : « Arrière donc ce bienfaiteur à outrance ! »[1414].

En revanche, le droit au paiement des *tiers intéressés* repose sur un fondement différent. Les écrits de R.-J. Pothier en témoignent. Pour cet auteur, ces tiers ont toujours intérêt à devancer l'inexécution du débiteur afin d'éviter que sa dette augmente[1415] : le paiement qu'ils effectuent fait obstacle à l'accroissement de cette charge sur leur propre patrimoine. La *ratio legis* de l'article 1236, alinéa 1er, du Code civil se fonde ainsi sur une idée de *protection des tiers intéressés*[1416]. À notre sens, l'existence d'un intérêt dans leur chef se présume quand ils paient : aussi le créancier et le débiteur ne peuvent-ils s'opposer au paiement s'ils n'ont aucun intérêt à le faire. En pratique, il arrive le tiers invoque un intérêt légitime au paiement, alors que le créancier et le débiteur peuvent avoir un intérêt tout aussi légitime à s'y opposer. Dans cette situation, la résolution de ce litige suppose la pondération des différents intérêts, qui prend la forme d'un test de proportionnalité[1417].

228. Opposition du débiteur au paiement de l'obligation par un tiers. – Dans le sillage de ces propos, il parait intéressant de remarquer que la doctrine s'est aussi demandé si le débiteur pouvait s'opposer au paiement provenant d'un tiers en l'absence d'accord avec son créancier.

1° Deux opinions s'affrontent à ce sujet.

Une première partie de la doctrine dénie l'existence d'un droit d'opposition dans le chef du débiteur. Selon ces auteurs, l'exécutant initial ne pourrait pas empêcher le paiement du tiers *solvens*, parce que l'article 1237 du Code civil ne lui reconnait pas ce droit. Le débiteur n'aurait d'ailleurs aucun intérêt à s'opposer au paiement en pratique, puisque cet acte le libère de son

---

A. LENAERTS ; Cass., 3 mars 2011, *R.C.J.B.*, 2012, p. 19, note J. KIRKPATRICK ; Cass., 18 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2012, p. 31, note A. LENAERTS ; Cass., 6 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 579, *R.C.J.B.*, 2004, p. 267, note Fr. GLANSDORFF).

[1412] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 462, n° 6.

[1413] Selon l'expression de L. Larombière, le Code consacre ainsi une sorte de « mandat d'humanité et de fraternité » en faveur des tiers non intéressés, dans le but d'améliorer la situation du débiteur initialement tenu (L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1865, p. 144, n° 3).

[1414] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 57, n° 59.

[1415] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. II, Paris – Orléans, Debure – Rouzeau-Monteaut, 1761, p. 9, n° 464.

[1416] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 49, n° 55 ; Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, Christophe-A. Marescq, 1887, p. 470, n° 479 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, Henri Plon, 1865, pp. 311-312, n° 175*bis*.

[1417] Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 664-671, nos 390-395. Sur le principe, dans le cadre de l'article 1237 du Code civil, en droit français : A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 662, n° 182.

obligation[1418]. Dans son *Traité*, H. De Page souligne ainsi que « le tiers peut payer même contre le gré du débiteur, mais non si le créancier et le débiteur *sont d'accord pour s'y opposer* »[1419].

Toutefois, une autre partie des auteurs ne partagent pas cette conception. S'agissant de l'article 1237 du Code civil, P. Van Ommeslaghe enseigne que « La règle est la même pour le débiteur : celui-ci pourrait s'opposer à ce qu'un tiers fasse le paiement d'une obligation à sa décharge, mais il doit justifier de son intérêt à cette contestation »[1420]. Fr. Laurent s'engage dans la même voie, mais il faut concéder qu'il conçoit le paiement comme un contrat : ainsi cet auteur écrit-il « [qu'il] y a dans tout payement un accord de volontés : il ne suffit pas de la volonté du créancier, il faut aussi la volonté du débiteur ; or, celui-ci, loin de vouloir que le tiers paye pour lui, s'y oppose. Dès lors l'intervention du tiers ne se conçoit plus »[1421]. Enfin, dans cette logique, S. Rutten reconnait que le tiers peut abuser du droit que lui accorde l'article 1236 du Code civil : si le débiteur parvient à démontrer un abus dans le chef du tiers, il peut s'opposer à son paiement[1422].

2° La deuxième opinion emporte la conviction.

En effet, le droit d'opposition du débiteur ressort parfois directement de la loi. Il s'agit notamment du cas à partir du moment où le tiers s'exécute *animo donandi*, puisque la donation sort ses effets dès l'acceptation du donataire (articles 894 et 932 du Code civil)[1423]. Dans cette situation, la loi reconnait un droit au donataire de refuser que le donateur – le tiers – s'acquitte de sa dette.

Ce principe nous semble revêtir une portée générale. Le droit d'opposition du débiteur existe même lorsque la loi ne le lui reconnait pas explicitement. Cette analyse se fonde sur les travaux préparatoires du Code civil. Concernant l'article 1236, alinéa 1er, du Code civil, si le Tribun Jaubert déclare que le paiement du tiers a pour but que « le créancier est désintéressé », il précise aussi que « la condition du débiteur ne peut jamais être aggravée »[1424]. De la sorte, le débiteur peut refuser le paiement du tiers s'il démontre qu'il lui porte atteinte. Cette idée se vérifie lorsque le débiteur invoque une exception d'inexécution à l'encontre de son créancier : l'intervention du tiers lui fait perdre le bénéfice de ce moyen de défense envers son cocontractant dans ce cas[1425].

229. Opposition du débiteur à l'exercice des droits du créancier par un tiers. – Dans le même sens, il nous semble que le débiteur peut s'opposer à ce qu'un tiers exerce les droits du créancier à partir du moment où ce dernier justifie leur caractère *intuitu personae* (*supra*, n° 162).

[1418] L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groningen, Intersentia, 2000, p. 485, n° 385.

[1419] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 402, n° 406. Voy. not. en droit français à ce sujet : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. II, 2e éd., Paris, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1902, p. 466, n° 1393 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, Henri Plon, 1865, p. 316, n° 175*bis* ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 57, n° 60.

[1420] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401.

[1421] Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, Christophe-A. Marescq, 1887, p. 477, n° 485.

[1422] S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 38-40, nos 48-49.

[1423] Voy. not. : C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Auguste Durand – Hachette, 1872, p. 57, n° 59.

[1424] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 462, n° 6.

[1425] S. RUTTEN, « Over het recht van de schuldeiser om de nakoming door een derde te weigeren: de schuldeiser is niet de hoeder van zijn betaler », obs. sous Cass. 2 februari 2012, *R.W.*, 2014-2015, pp. 1660-1661, n° 3.

Tout d'abord, le débiteur peut réclamer l'exécution personnelle des droits lorsque les qualités du créancier s'incorporent dans le contenu de la prestation qu'il doit lui fournir, au point qu'il ne peut imaginer qu'un tiers bénéficie du paiement à sa place. Une donation faite à un donataire déterminé se fonde en général sur l'affection ou l'amitié et comporte donc un *intuitus personae* au sens strict. Le donateur peut alors s'opposer à ce qu'un tiers jouisse de la libéralité[1426]. Toutefois, en pratique, l'intensité de ce caractère varie de sorte qu'un examen concret s'impose en toute hypothèse : aussi Ph. Le Tourneau et D. Krajeski écrivent-ils qu'une donation « peut avoir lieu en faveur d'un organisme ("banque" du sang ou de sperme, fondation, etc.), c'est-à-dire sans considération d'une personne précise, mais d'une catégorie de personnes (les handicapés, les femmes voulant procéder à une conception assistée avec un tiers donneur, etc.) »[1427]. Les droits issus d'un commodat ou d'autres contrats conclus à titre gratuit suivent cette logique[1428]. En pratique, un *intuitus personae* au sens strict peut aussi colorer les droits qui proviennent de conventions conclues à titre onéreux. Il en va ainsi pour les droits issus des contrats de crédit conclus avec des professionnels[1429], des contrats d'assurance de responsabilité professionnelle ou d'assurance-crédit[1430] ou encore de certains contrats portant sur des licences de brevet complexes ou requérant une forte confiance entre les parties[1431]. Dans tous ces cas, le débiteur peut donc invoquer l'article 1237 du Code civil pour réclamer l'exercice personnel des droits du créancier.

Ensuite, les qualités d'un créancier déterminent parfois le débiteur à s'engager, sans pour autant s'incorporer dans la prestation que cette partie doit lui fournir. Le créancier justifie alors un *intuitus personae* au sens large, qui ne s'oppose pas toujours à l'exercice de ses droits par un tiers. La convention de licence sur des logiciels illustre cette idée[1432]. Selon M. Keup, dans ces contrats, le donneur de licence « accordera donc une attention particulière à la situation financière du preneur de licence ainsi qu'à sa capacité à exploiter les droits qui font l'objet de la licence et aux résultats auxquels le projet de ce dernier est susceptible de conduire »[1433]. Il s'agit-là de qualités interchangeables à la base d'un *intuitus personae* de faible intensité. Dès lors, à défaut de clause expresse, le donneur de licence n'aura sans doute pas d'intérêt à s'opposer à la sous licence d'un droit à un tiers qui présente objectivement des qualités identiques à celles du preneur ; à l'inverse, il pourra invoquer un intérêt à l'exécution personnelle lorsque le tiers ne présente pas ces qualités.

[1426] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 40-41, n° 19 ; J. BEDOURA, *L'amitié et le droit civil*, Thèse, Tours, 1976, pp. 33-34, n^{os} 21-22.

[1427] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49. Voy. dans un sens similaire : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 37-38, n° 18.

[1428] Voy. à ce sujet : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119 ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, pp. 15-16, n^{os} 43-45.

[1429] Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100 ; Liège, 15 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 732.

[1430] Voy. sur l'*intuitus personae* dans ces contrats : M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482 ; P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, p. 6.

[1431] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.

[1432] Voy. sur l'*intuitus personae* dans le contrat de licence : M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, pp. 305-306 ; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 336, n° 418 ; Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 15-17, n^{os} 19-20.

[1433] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, pp. 305-306.

§3. – Conclusion intermédiaire

230. Exécution personnelle du débiteur fondée sur des motifs liés à la personnalité du tiers *solvens* ou étrangers à celle-ci. – L'exécution personnelle du débiteur ne repose pas toujours sur des motifs relatifs au contenu de l'obligation : le créancier peut également invoquer l'article 1237 du Code civil dès lors qu'il démontre que l'intervention du tiers lui occasionne un préjudice.

Dans cette perspective, en dépit des lacunes de son libellé, l'article 1237 du Code civil s'applique tant aux obligations de *facere* que de *non facere* et de *dare*. De ce fait, le créancier a intérêt à l'exécution personnelle du débiteur lorsqu'il peut démontrer que le tiers ne dispose pas des aptitudes techniques ou artistiques pour s'exécuter de façon satisfactoire ; ce principe vaut aussi quand l'*intuitus personae* repose sur des qualités subjectives, telles que la moralité et l'honorabilité. Le tiers ne peut pas modifier la teneur de l'obligation initiale quand il paie (*supra*, n^{os} 222-224).

La personnalité du tiers *solvens* ne représente pas la seule source de difficultés pour le créancier. Il arrive que ce dernier invoque l'article 1237 du Code civil pour des motifs étrangers à la personne du tiers. Tel est le cas, par exemple, lorsque son opposition au paiement du tiers lui permet d'éviter la survenance d'un dommage ou d'éviter la perte d'un avantage (*supra*, n° 224).

231. Accord entre le créancier et le débiteur. – En droits belge et français, il est admis que l'accord conclu entre le créancier et le débiteur fait échec aux prétentions du tiers *solvens*.

Il reste alors à déterminer si le créancier et le débiteur doivent alléguer un intérêt afin de faire obstacle au paiement du tiers. Selon nous, il s'agit du cas dès lors qu'un tiers intéressé souhaite s'acquitter de la dette du débiteur : si le Code civil accorde un droit au paiement à ces tiers afin de les protéger, le créancier et le débiteur ne peuvent pas s'y opposer sans disposer d'un intérêt légitime. En revanche, la solution inverse s'impose quand un tiers non intéressé propose de remplir la dette, étant donné que le droit au paiement de ce tiers se fonde alors sur la volonté d'adoucir la situation du débiteur : le tiers ne peut pas forcer cette partie à accepter son aide (*supra*, n° 227).

De son côté, le débiteur peut également s'opposer à ce qu'un tiers s'exécute à sa place, même si l'article 1237 du Code civil ne règle pas cette hypothèse. En effet, dans certaines circonstances, le paiement du tiers peut lui occasionner un préjudice. Le débiteur peut aussi se prévaloir d'un intérêt à l'exercice personnel des droits de son créancier : ainsi en est-il lorsque ce dernier se réifie dans la prestation que le débiteur doit exécuter ou quand le tiers ne dispose pas des qualités requises afin d'exercer les droits du créancier *intuitu personae* (*supra*, n^{os} 228-229).

Conclusion du chapitre

232. Exécution personnelle du débiteur classiquement admise comme la règle en présence d'un contrat *intuitu personae*. – Pour une partie de la doctrine, un créancier peut toujours invoquer l'article 1237 du Code civil en présence d'une convention *intuitu personae*. Le débiteur à la base de ce caractère doit donc, en règle, exécuter personnellement ses obligations : un tiers ne peut pas réaliser la toile d'un peintre ou remplacer un chanteur pour un concert (*supra*, n° 183).

Cette approche connait deux axes d'amélioration. *Primo*, plusieurs auteurs pensent qu'il est utile d'analyser l'intensité de l'*intuitus personae* de façon plus méthodique : s'il se peut que l'exécution d'une obligation ne se conçoive pas sans son débiteur, ce dernier peut n'être qu'une garantie de la bonne exécution de ses engagements. Un tiers nanti de qualités équivalentes à celles du débiteur peut donc s'exécuter à sa place dans maintes situations. *Secundo*, selon d'autres, il est intéressant d'adopter une approche plus flexible, c'est-à-dire une vision à la fois plus étroite et plus englobante de l'article 1237 du Code civil : d'un côté, les obligations *intuitu personae* n'ont pas la même intensité au sein d'un contrat ; la Cour de cassation a montré, d'un autre côté, que l'exécution personnelle peut se fonder sur des motifs relatifs à la personne du tiers *solvens* (*supra*, n° 184).

En conclusion, à la lumière de ces pistes de réflexion, nous pensons qu'il parait opportun d'examiner concrètement l'intensité de la considération de la personne afin de savoir quand ce caractère fait obstacle au paiement d'un tiers : la vigueur de l'*intuitus personae* varie donc, en principe, en fonction des circonstances de chaque espèce. Il revient alors aux cours et tribunaux d'avoir égard tant aux particularités des obligations du débiteur qu'à des motifs étrangers à celles-ci pour déterminer quand le créancier peut invoquer l'article 1237 du Code civil (*supra*, n° 185).

233. Exécution personnelle du débiteur pour des motifs liés au contenu de l'obligation à exécuter. – D'aucuns considèrent que le contenu des obligations du débiteur à la base de l'*intuitus personae* justifie un intérêt à l'exécution personnelle dans le chef de son créancier.

Les parties règlent parfois cette question à l'avance dans leur contrat : elles peuvent avoir exclu l'intervention d'un tiers ou l'avoir autorisée sous certaines conditions. À défaut de clause contractuelle, l'application de l'article 1237 du Code civil dépend de l'intensité de la considération de la personne. Le débiteur s'incorpore parfois dans le contenu de son obligation, au point qu'il peut seul l'exécuter en nature de façon satisfactoire sans en modifier le contenu initial. Cet *intuitus personae* au sens strict du terme justifie un intérêt à l'exécution personnelle au profit du créancier. En revanche, dans d'autres situations, les qualités du débiteur déterminent le consentement du créancier, sans pour autant s'incorporer dans la teneur de l'obligation qu'il doit remplir : un tiers doté de qualités équivalentes peut alors payer de façon satisfactoire. Un tel *intuitus personae* au sens large ne justifie donc pas, en règle, un intérêt à l'exécution personnelle (*supra*, n° 217).

Déterminer quand le débiteur s'incorpore dans le contenu de son obligation relève souvent de la gageure. Cette question dépend de ce que les cocontractants recherchent dans chaque espèce. Toutefois, à notre sens, plusieurs outils permettent de cerner leurs variations de volonté et, de ce fait, de caractériser l'intensité de la considération de la personne. Les principes applicables au paiement d'un tiers ou d'un agent d'exécution du débiteur le démontrent. Tout d'abord, l'examen des particularités d'une prestation et de la finalité contractuelle fournit d'importantes précisions sur la dose d'*intuitus personae* contenue l'obligation du débiteur ; de même, selon d'aucuns, l'examen des particularités de la relation des cocontractants permet d'affiner l'intensité de l'*intuitus*

personae. Dans certaines circonstances, la référence aux dispositions légales, déontologiques ou aux principes de bonne conduite applicables à un contrat s'impose afin de cerner le degré d'implication personnelle que le créancier peut attendre du débiteur ; il en va de même pour les usages ou la manière dont le débiteur exerce habituellement son art (*supra*, n° 218).

La question du paiement réalisé par un mandataire substitué ou par une société personnalisée montre également l'importance de ces outils. En effet, le fait qu'un mandataire doive accomplir un acte juridique complexe témoigne souvent d'un *intuitus personae* au sens strict ; à l'inverse, le fait qu'il se charge d'une mission banale rend en général compte d'un *intuitus personae* large. En outre, une relation de confiance entre les parties peut impliquer que la considération de la personne revête une haute intensité : ainsi la confiance mutuelle des associés d'une société non personnalisée interdit-elle à l'un d'eux de déléguer l'ensemble de son pouvoir de gestion à un tiers sans l'accord des autres associés. Enfin, s'agissant des obligations souscrites par les sociétés personnalisées, certains auteurs ont montré que l'intensité de leur caractère *intuitu personae* – ou *intuitu firmae* – varie aussi en fonction des circonstances de la cause. Dans le même sens, la personnalité d'un actionnaire de référence, d'un dirigeant effectif ou d'un employé d'une société peut justifier la présence d'un *intuitus personae* de faible comme de haute intensité (*supra*, n° 219).

234. Exécution personnelle du débiteur pour des motifs étrangers au contenu de l'obligation à exécuter. – L'intérêt du créancier à l'exécution personnelle résulte parfois de motifs étrangers au contenu de l'obligation que son débiteur doit accomplir.

Le créancier peut d'abord avoir intérêt à l'exécution personnelle pour des motifs qui concernent la personnalité du tiers *solvens*. Il arrive effectivement que le tiers ne dispose pas des qualités objectives ou subjectives du débiteur choisi *intuitu personae* au sens large, de sorte qu'il ne peut pas exécuter l'obligation promise sans en modifier le contenu initial. Dans d'autres cas de figure, le créancier peut invoquer l'article 1237 du Code civil afin d'éviter la survenance d'un préjudice étranger à la personnalité du tiers ou pour éviter la perte d'un avantage (*supra*, n° 230).

Ensuite, la doctrine admet que l'accord du créancier et du débiteur fait obstacle à l'intervention d'un tiers. Si les parties doivent avoir un intérêt à s'opposer au paiement d'un tiers intéressé, tel n'est pas le cas si un tiers non intéressé propose de s'acquitter de la dette. Dans cet ordre d'idées, le débiteur peut également s'opposer à ce qu'un tiers exécute son obligation, tout comme il peut invoquer l'exercice personnel des droits du créancier. Cette idée se vérifie lorsque le créancier se réifie *in concreto* dans la prestation qu'il doit lui fournir ou qu'un tiers ne dispose pas des qualités nécessaires afin d'exercer les prérogatives qui lui reviennent (*supra*, n° 231).

Chapitre 2. La cession du contrat *intuitu personae*

Introduction du chapitre

235. Illustrations. – Dans les droits belge et français, il est traditionnellement admis que le caractère *intuitu personae* d'une convention implique son incessibilité[1434]. En pratique, les tentatives de cession de ces contrats se rencontrent et suscitent d'importantes difficultés.

Trois illustrations le démontrent.

Il en va notamment ainsi dans le domaine de la distribution commerciale. Par exemple, un fournisseur peut-il se fonder sur le caractère *intuitu personae* du contrat de distribution pour faire échec à sa cession lorsque son distributeur souhaite remettre son activité à un tiers ?[1435]

De même, la nature *intuitu personae* des contrats passés avec les clients des titulaires de profession libérale, tels que les avocats, les médecins ou les architectes, s'oppose-t-elle à leur cession quand le prestataire décide de céder sa clientèle avant d'arrêter son activité ?[1436]

Enfin, une question similaire se pose dans le cadre de la cession de plusieurs garanties bancaires : le caractère *intuitu personae* que la doctrine leur reconnait parfois, comme à certains contrats de cautionnement, fait-il nécessairement obstacle à leur cession à un tiers ?[1437]

236. Plan du chapitre. – Ces exemples montrent que la cession des conventions *intuitu personae* représente un besoin pour certaines professions, même si leur nature particulière y fait normalement obstacle. Nous examinerons ces difficultés dans le présent chapitre.

Dans une première section, nous reviendrons ainsi sur les différentes acceptions que revêt le concept de cession de contrat en droit belge. Dans le même temps, nous verrons la place

---

[1434] Voy. not. à ce sujet : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 281-282, n^os^ 209-215 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1976, n° 1371 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e^ éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 93, n° 69 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 26-27, n° 11 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 27, n° 33 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », obs. sous Liège 20 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 680, n^os^ 75-76 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 187, n° 154 ; Ph. MARCHANDISE, « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives – Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991, p. 136 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*. Voy. not. en droit français su cette question : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8^e^ éd., Paris, Sirey, 2013, p. 380, n° 407 ; Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 231-241, n^os^ 331-354.

[1435] Voy. not. sur les effets de l'*intuitus personae* dans les contrats de distribution commerciale : L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, pp. 918-925. Voy. not. en droit français à ce sujet : M. OUDIN, « La transmission des contrats de distribution », *RTD. Com.*, 2011, pp. 447-462 ; L.-M. AUGAGNEUR, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *J.C.P.*, G, 2005, I, 158, pp. 1445-1450.

[1436] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 385-390, n^os^ 427-431.

[1437] O. SALVAT, « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de la caution par un dirigeant de société », *L.P.A.*, 23 décembre 1999, n° 1.

classiquement occupée par l'*intuitus personae* dans ce domaine. Ce point nous donnera l'occasion de confirmer l'intérêt d'un examen plus méthodique de l'intensité de caractère (*infra*, n^os^ 237-254).

Ce retour aux sources nous permettra également d'expliquer la place qu'il convient d'attribuer à l'*intuitus personae* dans le cadre de la cession imparfaite et parfaite des conventions. Ces développements feront l'objet de la seconde section du présent chapitre (*infra*, n^os^ 255-276).

Section 1re. L'approche classique de l'incessibilité du contrat *intuitu personae*

237. Plan. – Nous débuterons cette section par un panorama des différentes conceptions de la cession de contrat. Nous montrerons alors la place classiquement attribuée à l'*intuitus personae* dans cette opération (**§1er**). Ensuite, nous proposerons d'affiner quelque peu ce point de vue (**§2**).

§1er. – Approche classique de l'incessibilité du contrat intuitu personae

238. Acceptions de la cession de contrat et place classiquement attribuée à l'*intuitus personae*. – Le Code civil ne réglemente pas la cession de contrat. De son côté, le législateur n'organise que certains régimes particuliers : ainsi en est-il de la cession des différents baux[1438], de la cession des contrats de crédits accordés aux consommateurs[1439] ou de la cession du contrat de voyage à forfait[1440]. La doctrine et la jurisprudence belges ont pallié cette carence. Toutefois, en dépit de ces tentatives, nous verrons qu'il existe trois approches différentes de la cession de contrat (**A**)[1441]. C'est dans ce cadre quelque peu chaotique qu'intervient l'*intuitus personae* (**B**).

A. Acceptions de la cession de contrat

239. Théorie du dépeçage. – Une partie de la doctrine et de la jurisprudence appréhende la cession d'une convention à la lumière de « la théorie du dépeçage ». Selon les tenants de cette première approche, il faut admettre que la cession ne possède aucune autonomie propre : cette opération se résume ainsi à une cession de créance à laquelle s'ajoute une cession de dette[1442].

Ces auteurs pensent que la décomposition du contrat – c'est-à-dire la dissociation de l'actif et du passif – se justifie par l'impossibilité de céder une dette sans le consentement de la partie cédée[1443]. Cette idée repose sur la volonté de ne pas amoindrir la situation du cédé sans son accord. Il est vrai que le cédant peut porter atteinte à la position de son cocontractant quand il cède le contrat à un tiers insolvable. Il convient donc de réserver un sort particulier aux dettes[1444].

[1438] Voy. au niveau fédéral : l'article 1717 du Code civil (bail de droit commun) ; les articles 30, 34 et 35 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme, *M.B.*, 25 novembre 1969 (bail à ferme) ; l'article 4, §1er, de la loi sur les baux relatifs à la résidence principale du preneur, *M.B.*, 22 février 1991 (bail de résidence principale) ; les articles 10 et 11 de la loi de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, *M.B.*, 10 mai 1951 (bail commercial).

[1439] Voy. les articles VII.102 à 104 et VII.147/17 à 147/19 du Code de droit économique pour la cession des contrats de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire.

[1440] Voy. les articles 16 à 18 de la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage, *M.B.*, 1er décembre 2017.

[1441] Voy. not. pour un résumé des différentes acceptions de la cession de contrat : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 912-918, nos 1020-1023 ; V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, pp. 485-492, nos 4-16 ; G. VELGHE, « Contractoverdracht », *R.W.*, 2012-2013, pp. 445-450, nos 5-16 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », obs. sous Liège 20 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 666-681, nos 36-79 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 57-63, nos 67-77.

[1442] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 367, n° 380.

[1443] La Cour de cassation s'oppose d'ailleurs à la cession d'une dette en l'absence du consentement du débiteur cédé : Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487 ; Cass., 12 septembre 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 213.

[1444] Voy. not. : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 372-375, nos 384-385 ; E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART et R. VAN DER MADE, *Théorie générale des obligations*, vol. II, in *Les Novelles*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1958, p. 203, n° 21. Voy. en droit français : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 293-294, n° 113.

Dans cette perspective, le cédant et le cessionnaire doivent respecter les règles applicables à la cession de créance pour réaliser une cession de contrat : ils doivent notifier la cession de créance au débiteur cédé[1445]. Ensuite, s'agissant de la cession des dettes, les parties doivent recourir à des mécanismes qui permettent au cessionnaire d'exécuter les obligations du cédant vis-à-vis du cédé. Tel est notamment le cas de la stipulation pour autrui ou encore de la délégation[1446].

La Cour de cassation a souscrit à la théorie du dépeçage par le passé[1447]. Une décision du 4 mars 1982 l'illustre[1448]. Cette affaire concerne la cession d'un contrat synallagmatique à la suite de la vente d'un fonds de commerce. La Cour de cassation devait se prononcer sur l'application de l'article 1690 du Code civil à la cession des créances issues du contrat : elle a décidé que « l'opposabilité des transferts de créances […] est subordonnée comme telle au respect des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil »[1449]. Dans cette logique, P. Wéry remarque que « l'opération de cession d'un contrat synallagmatique doit être scindée, d'une part, en une cession de créances, et, d'autre part, en une convention organisant le transfert des dettes »[1450]. Toutefois, lors de son arrêt du 26 juin 2017[1451], il apparait que la Cour de cassation a ouvert la voie à la figure de la cession imparfaite du contrat. La théorie du dépeçage nous parait donc maintenant dépassée. Compte tenu de cette incertitude, nous n'aurons plus égard à cette théorie dans ce chapitre.

240. Théorie de la cession imparfaite du contrat. – En droit belge, une partie de la doctrine a reconnu une autonomie à la cession de la convention au départ de l'article 1236 du Code civil, qui autorise tout tiers à payer la dette du débiteur initial[1452] : ainsi P. Van Ommeslaghe a-t-il notamment écrit que « la cession d'un contrat, notamment synallagmatique, considérée en elle-même, est possible et s'impose au cocontractant cédé, avec cette réserve que cette cession ne peut entraîner la décharge du cédant qu'avec le consentement, exprès ou tacite, du cocontractant cédé »[1453].

Cette cession comporte deux caractéristiques principales.

Selon cette conception, la cession prend normalement la forme d'une convention bipartite, aux termes de laquelle le cédant cède l'ensemble de ses droits et de ses obligations à un tiers cessionnaire. Ce dernier peut alors s'acquitter de la dette à la place du cédant comme l'article 1236

[1445] Voy. not. dans le bail : M.-P. NOËL et V. WATERKEYN, « Cession de bail et sous-location », in *Le droit commun du bail*, G. BENOÎT, I. DURANT, P.A. FORIERS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles, la Charte, 2006, p. 415, n° 9.

[1446] Cons. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1973, n° 1368 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1980, pp. 166-170, n° 69.

[1447] V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, pp. 486-487, n° 7 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1973, n° 1368 ; M. FONTAINE, « L'apport d'une branche d'activité et la cession des contrats », obs. sous Cass. 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 182-186, n^{os} 9-12.

[1448] Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175, note M. FONTAINE.

[1449] *Ibidem*, spéc. p. 178.

[1450] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 913, n° 1020.

[1451] Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 587, note C. BIQUET-MATHIEU, *R.G.D.C.*, 2018, p. 361, note V. WITHOFS.

[1452] L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2014, p. 802, n° 106 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1975-1977, n° 1371 ; Ph. MARCHANDISE, « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives – Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Édition du Jeune Barreau, 1991, p. 136 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 60-61, n^{os} 73-77.

[1453] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1976, n° 1371.

du Code civil le prévoit. Cependant, dans ce cas de figure, il est vrai que le cédant reste normalement tenu envers le cocontractant cédé : la cession bipartite n'a donc qu'un effet interne entre le cédant et le cessionnaire. De la sorte, il s'agit d'une *cession imparfaite de contrat*[1454].

Dans cet ordre d'idées, le consentement du cocontractant cédé revêt une place réduite en pratique, puisqu'il a seulement pour effet de décharger le cédant[1455]. Par ailleurs, le principe de la relativité des effets internes des conventions interdit à la partie cédée d'invoquer la cession à son avantage : elle ne peut exiger du cessionnaire qu'il exécute les dettes du cédant, à défaut d'une stipulation pour autrui ou d'un engagement unilatéral pris par le cessionnaire à son profit[1456].

La Cour de cassation a consacré ces principes dans un arrêt du 26 juin 2017[1457] : elle a effectivement confirmé « [qu'en] vertu du principe de l'autonomie de la volonté, consacré par l'article 1134 du Code civil, et des articles 1121, 1236 et 1690 du Code civil, une partie contractante peut convenir avec un tiers de la reprise de ses droits et obligations contractuels. Pareille cession ne libérant pas le cédant, elle ne nécessite pas le consentement du cocontractant cédé »[1458] ; selon la Cour, en « tant qu'il suppose qu'une cession de contrat implique nécessairement la libération du cédant et qu'elle n'est, par conséquent, pas possible sans le consentement du cocontractant cédé, le moyen, qui repose sur une conception juridique différente, manque en droit »[1459].

241. Théorie de la cession parfaite du contrat. – Une dernière tendance estime qu'une *cession parfaite de contrat* ne se réduit pas à un transfert de droits et d'obligations du cédant vers le cessionnaire : cette opération suppose le transfert de la qualité de partie. Selon V. Withofs, « *De contractoverdracht is de rechtsfiguur waarbij de overdrager zijn gehele positie als contractpartij in een bepaalde overeenkomst overdraagt aan een derde (overnemer). Dat heeft tot gevolg dat de overdrager uit de contractuele band verdwijnt (de hoedanigheid van contractpartij verliest) en wordt vervangen door de overnemer, die de contractuele verhouding als nieuwe contractpartij voortzet. De contractoverdracht is dus in essentie een verandering van contractpartij* »[1460].

Cette cession comporte deux caractéristiques principales.

[1454] Voy. not. sur cette expression : C. BIQUET-MATHIEU, « Dans l'attente de la réforme du droit des obligations, la notion de cession imparfaite de contrat au cœur de l'arrêt du 26 juin 2017 », obs. sous Cass. 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 588, n° 2 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1975-1977, n° 1371 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 60-61, n^os^ 73-77.

[1455] *Ibidem.*

[1456] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 918, n° 1023 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, pp. 73-74, n° 107 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 28, n° 11 ; L. SIMONT, « Cession de bail », in *La transmission des obligations*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1980, p. 300, n° 15. Comp. avec P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1980, p. 145, n° 56.

[1457] Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 587, note C. BIQUET-MATHIEU, *R.G.D.C.*, 2018, p. 361, note V. WITHOFS.

[1458] *Ibidem*.

[1459] *Ibidem.*

[1460] V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, pp. 483, n° 1. Voy. dans un sens similaire : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 404-407, n^os^ 322-324 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, p. 916, n° 1022 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 59-60, n^os^ 69-72. Il est intéressant de remarquer que le nouvel article 1216 du Code civil français a consacré cette acception de la cession de contrat. En effet, aux termes du premier alinéa de cette disposition, il apparait que « Un cocontractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ».

Tout d'abord, à l'inverse la cession imparfaite de contrat, la cession parfaite implique toujours le transfert des prérogatives liées à la qualité de partie ainsi que le transfert de l'ensemble des normes qui organisent leur relation contractuelle[1461]. Par exemple, une prérogative attachée à la qualité de partie consiste dans une clause de résiliation unilatérale ou dans une clause résolutoire expresse ; une clause d'arbitrage illustre une norme qui organise la relation contractuelle des cocontractants. Le cessionnaire peut, en règle, exercer ces prérogatives à la place du cédant[1462].

Dans ce contexte, il apparait que le transfert de la qualité de partie requiert nécessairement l'accord du cédant, du cessionnaire et du débiteur cédé ; la cession parfaite consiste donc en une opération tripartite dans laquelle le consentement du cocontractant cédé représente une condition de validité de l'opération[1463]. De surcroit, selon cette approche, la décharge du cédant se conçoit comme la conséquence du transfert de la qualité de partie au cessionnaire. La portée de cette décharge dépend *in concreto* de la volonté des trois cocontractants à l'opération[1464]. Par une décision du 28 février 2013, la Cour d'appel de Bruxelles a notamment décidé que si la cession « emporte le transfert des rapports contractuels futurs, elle n'implique pas nécessairement le transfert au cessionnaire des droits et des obligations qui étaient exigibles avant la cession. Pareille reprise des rapports antérieurs ne peut être admis que si elle a été spécialement voulue »[1465].

B. Principe de l'incessibilité du contrat *intuitu personae*

242. Approche classique : l'*intuitus personae* comme obstacle à sa cession du contrat. – D'aucuns pensent que l'*intuitus personae* fait obstacle à la cession d'une convention sans le consentement du cocontractant cédé : H. De Page écrivait ainsi que si la partie *intuitu personae* « pouvait céder ses droits, le contrat ne serait plus exécuté par le débiteur lui-même »[1466].

De la sorte, P. Van Ommeslaghe estime que « La cession ne peut toutefois être admise pour les contrats conclus *intuitu personae*. En règle, la cession de contrat *ut singuli* nous paraît devoir

---

[1461] Toutefois, une partie de la doctrine admet le transfert de certains droits potestatifs en présence d'une cession imparfaite de contrat (P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1977, n° 1371 ; L. SIMONT, « Cession de bail », in *La transmission des obligations*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1980, pp. 291-292, n° 10 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, p. 58, n° 68). Selon d'autres, ce point de vue n'emporte pas la conviction, car il lui manque un fondement légal (voy. not. V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, pp. 493-494, n° 20).

[1462] Voy. not. à ce sujet : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 211-217, n^{os} 161-164. Voy. aussi de la même auteure : V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », in *Théorie générale des obligations et des contrats spéciaux*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 220-242, spéc. pp. 226-242, n^{os} 5-16.

[1463] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 373-377, n^{os} 295-297.

[1464] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 917, n° 1022.

[1465] Bruxelles, 28 février 2013, *R.G.D.C.*, 2016, p. 202, spéc. p. 203, note V. WITHOFS.

[1466] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*. Voy. dans le même sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1976, n° 1371 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 93, n° 69 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 26-27, n° 11 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 27, n° 33 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », obs. sous Liège 20 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 680, n^{os} 75-76 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 187, n° 154 ; Ph. MARCHANDISE, « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives – Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991, p. 136 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28.

être exclue pour toute espèce de contrat *intuitu personae* »[1467]. Selon P. Wéry, « le contrat est, en principe, incessible dans le chef du cocontractant qui justifie l'*intuitus personae* »[1468]. P.A. Foriers confirme aussi que « Toute convention est à cet égard cessible. Il n'y a de restriction que pour les conventions *intuitu personae* ou rendues incessibles en vertu d'une clause contractuelle ou d'un texte légal particulier »[1469]. Enfin, à suivre S. Beyaert, « *Op de principiële toelaatbaarheid van contractuele georganiseerde contractenoverdracht bestaan natuurlijk uitzonderingen, bijvoorbeeld inzake de overdracht van een* intuitu personae-*contract* »[1470].

Une partie de la doctrine française rejoint ce point de vue classique[1471]. Au sein de leur *Traité de droit des obligations*, G. Marty et P. Raynaud soulignent que « le contrat cédé constitue l'objet de la cession et celle-ci n'est possible que si le contrat est *cessible*. Certains contrats ne le sont pas parce qu'ils ont été conclus *intuitu personae* »[1472]. Dans le même sens, pour J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, « la cession des contrats *intuitu personae* paraît naturellement interdite. Le créancier ayant fait confiance à un débiteur en raison de ses qualités personnelles, celui-ci ne peut pas être changé. Mais cela n'est vrai que si le créancier ne consent pas à un tel changement »[1473].

Cette opinion nous semble correspondre à l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae* : elle revient à présumer l'incessibilité d'une convention sur la base de sa nature personnelle ou, autrement dit, à déduire l'incessibilité de principe du contrat au départ de sa nature particulière.

243. Illustrations de l'approche classique. – En général, les auteurs illustrent peu le principe de l'incessibilité du contrat *intuitu personae* lorsqu'ils abordent cette question dans leurs écrits.

1° Toutefois, à l'analyse, deux exemples reviennent souvent en doctrine.

La distribution commerciale constitue un des terrains d'élection de l'incessibilité des contrats *intuitu personae*. Dans le cadre de la distribution sélective, L. du Jardin affirme que « Le contrat de distribution personnel ne peut pas être cédé, sauf accord du cocontractant »[1474] ; de même, s'agissant de la franchise, O. Vaes pense que « les droits et les obligations, repris au contrat, ne peuvent être cédés, sauf en cas d'approbation de l'autre partie »[1475]. Si un distributeur cède son fonds de commerce à un tiers avant d'arrêter son activité, d'aucuns écrivent que le fournisseur peut alors invoquer l'*intuitus personae* pour s'opposer à la cession du contrat de distribution[1476].

[1467] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1976, n° 1371.
[1468] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 93, n° 68.
[1469] P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 26-27, n° 10.
[1470] S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », obs. sous Liège 20 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 680, n° 75.
[1471] Voy. not. sur cette question : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2016, p. 482, n° 861 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 380, n° 407 ; G. PILLET, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Paris, L.G.D.J. – E.J.A., 2004, p. 129, n° 124 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 573, n° 324 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2e éd., t. I, *Les sources*, Paris, Sirey, 1988, p. 359, n° 350.
[1472] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2e éd., t. I, *Les sources*, Paris, Sirey, 1988, p. 359, n° 350.
[1473] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 380, n° 407.
[1474] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 71, n° 75.
[1475] O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour les juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 83, n° 81.
[1476] Voy. not. dans cette logique : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 71, n° 75, A ; O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour les juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 83, n° 81 ; L. DU

Il arrive également que l'*intuitus personae* fasse obstacle à la cession de contrats bancaires. J. Van Ryn et J. Heenen ont écrit, à ce sujet, que « L'ouverture de crédit a un caractère personnel dans le chef des deux parties. Plusieurs conséquences en résultent : 1° les droits nés du contrats sont incessibles et intransmissibles »[1477]. Certains contrats de cautionnement s'inscrivent dans cette logique, comme lorsqu'une caution garantit les dettes de sa société en tant que dirigeant de celle-ci. Certains auteurs indiquent alors que « la présence d'un *intuitus personae* – inhérent au contrat de cautionnement – impose le consentement du créancier [à la cession de la convention] »[1478].

2° En pratique, il convient de remarquer que les cours et tribunaux consacrent parfois le principe de l'incessibilité des conventions *intuitu personae*.

Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 12 janvier 2007 le montre[1479]. Un pouvoir adjudicateur avait confié des travaux à une association momentanée d'entrepreneurs. Les membres de cette dernière décident de céder le contrat à l'un d'eux. Le pouvoir adjudicateur les assigne alors en justice et réclame l'inopposabilité de la cession. La Cour d'appel a fait droit à cette demande. Selon elle, « *De overeenkomst tot uitvoering van een bepaald werk is een* intuitu-personae *overeenkomst, waarbij het opdrachtgevend bestuur vooraleer de werken te gunnen heeft nagegaan dat de aannemer(s) met wie zij contracteert wel degelijk aan alle wettelijke vereisten om dergelijk werken uit te voeren voldoet* »[1480]. De ce fait, la Cour a décidé que « *Wanneer een tijdelijke vereniging aan wie de werken werden gegund de overeenkomst overdraagt aan een van haar vennoten is dit een overdracht van de aannemingovereenkomst die onderworpen wordt aan de voorafgaande goedkeuring van het opdrachtgevend bestuur, die aldus in de mogelijkheid dient te worden gesteld na te gaan of de overnemende aannemer wel degelijk aan alle wettelijke en financiële voorwaarden voldoet om te aanneming over te nemen en/of verder te zetten* »[1481].

Une décision de la Cour d'appel de Paris du 3 novembre 1994 fournit une autre illustration[1482]. Une société devait organiser une importante manifestation professionnelle pour des clients. Ce prestataire cède son contrat à une autre société juste avant la survenance de l'événement. Les clients agissent en justice afin d'obtenir la résolution du contrat. La Cour d'appel de Paris a accueilli cette demande : elle a constaté que « s'agissant des relations publiques, la réputation, la renommée, l'expérience, du prestataire de service sont prédominantes »[1483]. Dans cette logique, il convient d'admettre que « la qualité de l'organisateur était primordiale pour les intimées [*i.e.* les clients] et que, par conséquent, elle ne pouvait se substituer un autre organisateur unilatéralement sans avertissement ni avis préalable »[1484]. En conclusion, la Cour d'appel a prononcé la résolution de la convention aux torts du prestataire ainsi que la restitution de l'acompte versé par les clients.

JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 920, n^{os} 6 et 7 ; C. VERBRAEKEN, A. DE SCHOUTHEETE et J. STUYCK, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Kluwer, Diegem, 1997, pp. 209-210, n° 166.

[1477] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529. Voy. dans le même sens : A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 196, n° 15.

[1478] O. SALVAT, « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de la caution par un dirigeant de société », *L.P.A.*, 23 décembre 1999, n° 8.

[1479] Gand, 12 janvier 2007, *N.J.W.*, 2007, p. 608.

[1480] *Ibidem*.

[1481] *Ibidem*.

[1482] Paris, 3 novembre 1994, *D.*, 1996, somm., p. 115, obs. D. MAZEAUD.

[1483] Ibidem, spéc. p. 116.

[1484] *Ibidem*.

§2. – Réflexions sur l'approche classique de l'incessibilité du contrat intuitu personae

244. Axes d'amélioration de l'approche classique. – La place classiquement attribuée à l'*intuitus personae* lors d'une cession de contrat se vérifie parfois dans les faits : il est logique qu'un peintre réputé ne puisse pas, par exemple, céder son contrat à un tiers sans le consentement de son client. Toutefois, nous proposons d'affiner cette conception au départ de deux pistes de réflexion. *Primo*, il est intéressant d'examiner certaines dispositions organisant la cession de conventions par nature *intuitu personae* de façon plus méthodique : ainsi cette démarche permet-elle de mieux cerner l'évolution de ce concept et, de la sorte, de relativiser l'obstacle qu'il représente actuellement lors d'une opération de cession (**A**). *Secundo*, pour certains auteurs, il y a lieu de tenir compte d'une vision plus complète de la cession de contrat, c'est-à-dire de l'évolution de ses acceptions, afin de comprendre la place occupée par l'*intuitus personae* en son sein (**B**).

A. Une approche plus méthodique des régimes particuliers de cession de contrat

245. Évolution de l'*intuitus personae* : un obstacle relatif à la lumière des régimes particuliers de cession de contrat. – Certains auteurs classiques ont déduit l'incessibilité des contrats *intuitu personae* de quelques dispositions éparses du Code civil : selon R. Dekkers, « Le contrat *intuitu personae* ne se prête à aucune cession de la part de la personne, en considération de laquelle il fut conclu *(cf. C. civ., art. 1763, 1861)* »[1485]. Cette conclusion pourrait être nuancée à la lumière de l'évolution des régimes particuliers de cession de contrat : ces derniers montrent que l'*intuitus personae* tend vers plus d'objectivité et qu'il ne s'oppose pas à la cession quand le cessionnaire possède des qualités équivalentes à celles du cédant. De la sorte, F. Valleur écrivait à bon droit « [qu'il] est courant en effet de dire que le lien intuitus personae est incessible. Cela pourtant n'est pas strictement exact : il n'y a dans cette formule qu'une vérité approximative »[1486].

246. Cession des contrats de crédit accordés aux consommateurs. – Les articles VII.102 à 104 et VII.147/17 à 147/19 du Code de droit économique organisent la cession des contrats de crédit à la consommation et hypothécaires dans le chef du prêteur, en dépit de leur caractère *intuitu personae*. Cependant, ces dispositions limitent le nombre de personnes admises à recueillir le contrat cédé par le prêteur[1487] : la cession ne peut pas représenter une occasion, pour les établissements non agréés, de conclure des contrats de crédit avec les consommateurs[1488].

[1485] Nous soulignons (R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21, n° 28). *Adde* : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*.

[1486] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 304, n° 116.

[1487] La portée des articles VII.102 à 104 et VII.147/17 à 147/19 du Code de droit économique pose d'importantes difficultés en pratique. En effet, ces articles visent tant la cession du contrat de crédit à la consommation ou de crédit hypothécaire que la cession des créances issues du contrat. Voy. à ce sujet : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 233, n° 176 ; D. BLOMMAERT et F. NICHELS, « Consumentkrediet – W. 12 juni 1991. Art. 25 », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, Art. 25 – 3, n° 3 ; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen*, Anvers – Oxford, Intersentia, 2005, p. 688, n° 717 ; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, Deurne, Kluwer, 1993, p. 183, n° 205.

[1488] R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen*, Anvers – Oxford, Intersentia, 2005, p. 692, n° 721 ; M. DAMBRE, « Contractuele verhoudingen en driepartijenverhoudingen », *D.A.O.R.*, 1992, n° 23, p. 44, n° 36.

Dans ce cadre, les articles VII.102 et VII.147/17 du Code précité font état de cinq personnes aptes à recevoir la qualité de cessionnaire en l'absence d'autorisation du consommateur[1489].

1° Le prêteur agréé ou enregistré en vertu des dispositions du Code de droit économique.

2° « La Banque », c'est-à-dire la Banque Nationale de Belgique[1490].

3° Le fonds de protection des dépôts et des instruments financiers. Ce fonds trouve son origine dans une loi du 17 décembre 1998, qui lui confère la compétence d'instituer ou de gérer un ou plusieurs systèmes de garantie des instruments financiers[1491]. Il revient à ce fonds de garantir, par exemple, les instruments financiers émis dans le cadre d'opération de titrisation[1492].

4° Les assureurs-crédit. Ces derniers ont pour mission d'assurer les établissements de crédit contre le risque de non-paiement des créances de leurs clients[1493].

5° Les organismes de placement en créances visés par la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placements collectifs qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE[1494]. L'article 7, 3°, de cette loi définit l'organisme en placement en créances comme celui dont « l'objet exclusif est le placement dans des créances détenues par des tiers et cédées à l'organisme par une convention de cession dans les conditions et modalités fixées par le Roi ».

247. Cession du contrat de bail à ferme. – Aux termes de l'article 30, alinéa 1er, de la loi sur les baux à ferme, « Par dérogation à l'article 1717 du Code civil, et sous réserve de ce qui est prévu ci-après, le preneur de biens ruraux ne peut sous-louer en tout ou en partie le bien loué ou céder son bail en tout ou en partie sans l'autorisation du bailleur ». Il est admis que le caractère *intuitu personae* du bail à ferme justifie cette exception : la personnalité du preneur détermine le consentement du bailleur, car son savoir-faire influence le rendement de la terre prise à bail[1495].

[1489] La notification prévue aux articles VII.102 et VII.147/18 du Code de droit économique suffit à rendre la cession opposable au consommateur (V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 382, n° 301 ; R. STEENNOT, « Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002) », *T.P.R.*, 2004, p. 1944, n° 309).

[1490] Article I.9, 68, du Code de droit économique.

[1491] Article 3, b), de la loi du 17 décembre 1998 créant un Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers et réorganisant les systèmes de protection des dépôts et des instruments financiers, *M.B.*, 31 décembre 1998.

[1492] Une loi du 22 avril 2016, transposant la directive 2014/49/UE relative aux systèmes de garantie des dépôts, a attribué cette mission au « Fonds de garantie pour les services financiers », créé par l'article 3 de l'arrêté royal du 14 novembre 2008 portant exécution des mesures anti-crise de la loi du 22 février 1998 (*M.B.*, 14 novembre 2008).

[1493] Voy. not. l'article 134 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (*M.B.*, 30 avril 2014). L'assureur-crédit doit avoir un agrément pour pouvoir effectuer des opérations d'assurance-crédit (article 1er, 3° de l'arrêté royal du 23 mars 2017 réglementant la Centrale des Crédits aux Particuliers, *M.B.*, 31 mars 2017).

[1494] *M.B.*, 19 octobre 2012.

[1495] F. VAN MALLEGHEM et H. VAN MALLEGHEM, « La cession de bail et la sous-location », in *Le bail à ferme. Un état des lieux*, R. GOTZEN (éd.), Bruxelles – Bruges, la Charte – die Keure, Bruxelles – Bruges, 2015, p. 283 ; P. RENIER, *Le bail à ferme*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 174, n° 2. Voy. sur l'*intuitus personae* dans ce contrat : E. BEGUIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 19-20, nos 36-42.

Toutefois, les articles 34 et 35 de la loi sur les baux à ferme dérogent à ce principe en organisant la cession privilégiée du contrat au profit des proches du preneur[1496]. Si la cession remplit les conditions prescrites par ces articles, elle ne requiert pas l'autorisation du bailleur[1497].

L'article 34 limite d'abord la cession à certaines personnes, c'est-à-dire à « ses descendants ou enfants adoptifs ou à ceux de son conjoint ou aux conjoints desdits descendants ou enfants adoptifs ». Dans cette logique, le preneur peut céder son bail à sa bru sans requérir l'accord du bailleur[1498]. Il est intéressant de remarquer que le conjoint du preneur ne figure pas dans la liste des personnes mentionnées par l'article 34 de la loi sur les baux à ferme[1499]. Par une décision du 23 juillet 2003, le Tribunal civil d'Arlon a donc prononcé la résolution du bail parce que le preneur avait tenté « frauduleusement de poursuivre son activité agricole, au mépris des attentes légitimes des bailleurs, soit il a cédé son bail à son épouse, dont les aptitudes professionnelles ne sont pas établies et n'ont en tout cas pas été prises en compte lors que la conclusion du bail originaire »[1500].

Ensuite, la cession privilégiée doit porter sur la totalité du bail. Certains auteurs pensent que cette restriction se justifie par la volonté d'éviter le morcellement des terres cultivables[1501]. Enfin, pour les baux issus de la Région wallonne, le cessionnaire doit présenter les aptitudes qui garantissent la bonne exécution du contrat cédé : l'article 35 de la loi sur les baux à ferme conditionne certains effets de la cession au fait que le cessionnaire détienne un certificat d'études ou un diplôme à orientation agricole, qu'il poursuive un cursus en vue de les obtenir, qu'il soit exploitant agricole ou qu'il l'ait été pendant au moins un an au cours des cinq dernières années[1502].

248. Cession du contrat de voyages à forfait. – Pour F. Van Bellinghen, « *De reisovereenkomst is vaak een* 'intuitu personae*'-overeenkomst in de persoon van beide partijen* »[1503]. Cependant, en dépit de ce caractère, l'article 16 de la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyages liées et de services de voyage prévoit notamment que « Le voyageur peut, moyennant un préavis raisonnable adressé à l'organisateur sur un support durable avant le début du voyage à forfait, céder le contrat de voyage à forfait à une personne satisfaisant à toutes les conditions applicables à ce contrat. Un préavis adressé au plus tard sept jours avant le début du voyage à forfait est, en tout état de cause, considéré comme raisonnable »[1504].

[1496] Un décret du 2 mai 2019 a modifié les articles 34 et 35 pour la Région wallonne, sans remettre en cause les bases de la cession privilégiée (décret modifiant diverses législations en matière de bail à ferme, *M.B.*, 8 mai 2019).

[1497] Cass., 12 octobre 2012, *R.W.*, 2013-2014, p. 262, note B. VAN DEN BERGH. Voy. not. sur ce point : F. VAN MALLEGHEM et H. VAN MALLEGHEM, « La cession de bail et la sous-location », in *Le bail à ferme. Un état des lieux*, R. GOTZEN (éd.), Bruxelles – Bruges, la Charte – die Keure, Bruxelles – Bruges, 2015, pp. 293-294 ; E. BEGUIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 182, n^{os} 889 à 891 ; R. GOTZEN, « Art. 1 », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 3, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, Art. 34 – 1 à 2 ; H. d'UDEKEM d'ACOZ, I. SNICK et M. SNICK, De *Pachtovereenkomst*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 481, n^{os} 941-942

[1498] Civ. Flandre orientale (div. Dendermonde), 24 mars 2016, *Rev. dr. rur.*, 2016, p. 168.

[1499] Le décret de la Région wallonne du 2 mai 2019 a inséré les mots « ou de son cohabitant légal » entre les mots « ou à ceux de son conjoint » et les mots « ou aux conjoints desdits descendants » de l'article 34, alinéa 1er.

[1500] Civ. Arlon, 23 juillet 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1407.

[1501] Voy. not. à cet égard : E. BEGUIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 182, n^{os} 889-891 ; P. RENIER, *Le bail à ferme*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 185, n° 24.

[1502] Voy. l'article 27 du décret de la Région wallonne du 2 mai 2019.

[1503] F. VAN BELLINGHEN, « Commentaar bij art. 1 W. 16 februari 1994 », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 6, f. mob., Malines, Kluwer, 2016, p. 11, n° 8.

[1504] *M.B.*, 1er décembre 2017.

Cette disposition subordonne l'opposabilité de la cession du contrat à deux conditions[1505], sans requérir le consentement de l'organisateur ou du professionnel qui vend le voyage[1506].

Tout d'abord, il apparait que le cessionnaire doit remplir « toutes les conditions applicables à ce contrat [de voyages à forfait] ». La loi du 21 novembre 2017 ne fournit aucune explication supplémentaire sur la portée de cette condition. En réalité, il faut se référer aux travaux préparatoires de l'ancienne loi du 16 février 1994 pour la comprendre : ainsi un adolescent ne pourrait-il pas céder son contrat de voyage, organisé pour des individus de cet âge, à une personne plus âgée telle que sa grand-mère[1507]. Dans cette perspective, le cédant et le cessionnaire du contrat doivent donc rester attentifs à la segmentation de l'offre de voyage initialement convenue[1508].

L'article 16 de la loi du 21 novembre 2017 prévoit également que le voyageur peut céder son contrat de voyage « moyennant un préavis raisonnable ». Conformément au libellé de cette disposition, un préavis adressé par le voyageur au plus tard sept jours avant le début du voyage représente toujours un délai raisonnable. L'exposé des motifs de la loi ajoute aussi qu'un délai plus court peut constituer un préavis raisonnable, « mais cela s'apprécie en fonction des circonstances de fait »[1509]. Il appartient donc au juge du fond d'apprécier souverainement cette condition[1510].

B. Une approche plus complète de la cession de contrat

249. Évolution de la notion de cession : examen des conséquences de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite *et* dans la cession parfaite de contrat. – Dans le domaine de la cession de contrat, la place attribuée à l'*intuitus personae* peut être affinée au regard de l'opération concrètement envisagée par les cocontractants. Nous suggérons donc d'examiner séparément le cas de la cession imparfaite (*infra*, n° 250) de celui de la parfaite de la convention (*infra*, n° 251).

250. Place de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite de contrat. – Une cession imparfaite repose sur un accord bipartite qui transfère les droits et obligations issus du contrat du cédant au cessionnaire : si la validité de cette opération ne requiert pas le consentement du cocontractant cédé, la cession ne libère pas le cédant de ses obligations[1511] (*supra*, n° 240).

Les fondements de la cession imparfaite reposent sur les articles 1236 et 1237 du Code civil. Dans ce contexte, le cessionnaire peut s'exécuter à la place du cédant, sauf si le cocontractant cédé démontre qu'il dispose d'un intérêt à l'exécution personnelle du cédant[1512]. Au sein du

---

[1505] Voy. not. à cet égard : F. VAN BELLINGHEN, « Commentaar bij art. 12 W. 16 februari 1994 », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 6, f. mob., Malines, Kluwer, 2016, pp. 1- 5 ; C. GUYOT, O. DE PATOUL et F. STORMS, *Le droit du tourisme. Chronique de jurisprudence (1994-2014)*, Limal, Anthémis, 2015, p. 82, n[os] 145-146.

[1506] F. VAN BELLINGHEN, « Commentaar bij art. 12 W. 16 februari 1994 », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 6, f. mob., Malines, Kluwer, 2016, p. 2, n° 2.

[1507] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1991-1992, n° 488/I, p. 99.

[1508] F. VAN BELLINGHEN, « Reiscontract », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 6, f. mob., Malines, Kluwer, 2016, art. 12 – 2, n° 3.

[1509] *Doc. Parl.*, ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 2653-001, p. 17.

[1510] Voy. sous l'ancienne loi : F. VAN BELLINGHEN, « Reiscontract », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 6, f. mob., Malines, Kluwer, 2016, art. 12 – 2, n° 3.

[1511] Cass., 26 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 361, note V. WITHOFS.

[1512] Voy. not. à cet égard : L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2014, p. 802, n° 106 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1975-1977, n° 1371 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 60-61, n[os] 73-77.

chapitre dédié à l'exécution personnelle du débiteur, nous avons effectivement vu que la nature *intuitu personae* du contrat ne justifie pas toujours l'existence d'un tel intérêt : ce caractère ne constitue pas un bloc monolithique, mais un concept doté de plusieurs intensités[1513] (*supra*, n° 231).

Selon L. Aynès, il arrive que « L'*intuitus personae* affecte directement la force obligatoire du contrat, dont il nie l'existence autonome en la subordonnant à la répétition continue de la volonté contractuelle des parties. Seulement, il n'en est ainsi qu'exceptionnellement, lorsque la structure du contrat, – cause ou objet de l'obligation principale – intègre la personne de l'un des cocontractants »[1514]. De cet *intuitus personae* de haute intensité, « il faut distinguer les contrats – les plus répandus – où la considération de la personne n'affecte ni l'objet ni la cause de l'obligation principale, objectivement appréciables. La personne considérée est alors le débiteur, dans ses qualités propres à rendre la réalisation de l'obligation plus certaine (solvabilité) ou plus conforme à l'attente du créancier (habileté, ponctualité…). La considération de la personne, généralement unilatérale, joue purement et simplement le rôle de garantie d'exécution »[1515]. En conclusion, « Seuls sont exclus du domaine de la cession de contrat les contrats de la première catégorie »[1516].

Une partie de la doctrine française rejoint ce point de vue[1517]. En effet, dans le cadre d'une cession de contrat, Ph. Le Tourneau et D. Krajeski admettent qu'il faut distinguer deux situations : « Dans la première, la personne est soit l'objet, soit la cause du contrat. L'*intuitu personae* étant intégré à la structure du contrat, la substitution de personne est d'office prohibée car un tel changement ruinerait le contrat […] Dans la seconde, la considération de la personne ne sert qu'à assurer la réalité ou la qualité de l'exécution. L'incessibilité n'est plus de principe : le créancier peut invoquer l'*intuitu personae* si tel est son intérêt (selon la formule du *C. civ., art. 1237*), mais cesse de pouvoir le faire lorsque le débiteur lui fournit une garantie de la réalité ou de la qualité de l'exécution, puisqu'en ce cas "l'identité du contrat" est maintenue. Une fois encore, la conception objective de l'*intuitu personae* conduit à une position différente, beaucoup plus souple, comme en matière de sous-contrat : la substitution de la personne est possible, avec ou sans agrément, selon les risques contractuels ; l'appréciation s'opère alors nécessairement *in concreto* »[1518].

251. Place de l'*intuitus personae* dans la cession parfaite de contrat. – Une cession parfaite de contrat implique le transfert de la qualité de partie du cédant vers le cessionnaire : elle requiert

---

[1513] Voy. not. sur les variations d'intensité de l'*intuitus personae* : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 582, n° 637 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 376-377, n° 417 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1377-1378, n° 934 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 133-134, n^os^ 111-112 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 30-31, n° 39 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 94, n° 132 ; C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, pp. 24-26, n° 12 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.

[1514] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 242, n° 354. Voy. dans le même sens : L. AYNÈS, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », obs. sous Cass. fr. com. 6 mai 1997, *D.*, 1998, Chron., p. 26, n° 9.

[1515] *Ibidem*.

[1516] *Ibidem*.

[1517] Voy. not. : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 261, n° 465 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 286, n° 417.

[1518] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79.

normalement le consentement du cédant, du cessionnaire et du cocontractant cédé[1519].L'accord de ce dernier constitue, en principe, une condition de validité de l'opération[1520] (*supra*, n° 241).

Les effets de l'*intuitus personae* dépendent alors de sa nature et de son intensité.

1° Le cocontractant cédé peut d'abord *refuser de contracter* avec le cessionnaire.

Dans le sillage de sa liberté contractuelle, le cédé peut effectivement refuser d'agréer le cessionnaire de la convention. L'exercice de cette liberté reste soumis au principe général de l'interdiction de l'abus de droit[1521]. Au sein du chapitre relatif à la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae*, nous avons vu que ce caractère peut avoir un impact sur la manière dont les juridicions exercent leur pouvoir modérateur[1522] : N. Nicolle résume cette idée, en écrivant que « le caractère objectif de l'*intuitus personae* rend possible son contrôle. Certes, le degré de contrôle droit varier en fonction de la nature des qualités prises en compte. Si ces qualités sont subjectives (réputation, loyauté, etc.), le contrôle ne peut que s'exercer *a minima*. Il ne peut s'agir que d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En revanche, lorsque ces qualités sont objectives (situation patrimoniale, diplôme, etc.), on conçoit que le contrôle soit plus étendu. Il peut s'agir d'un contrôle de l'abus au-delà de l'erreur manifeste d'appréciation »[1523]. Si le cédé possède une liberté quasi-discrétionnaire lorsque le choix du cessionnaire repose sur des critères subjectifs[1524], il dispose cependant d'une liberté d'appréciation plus réduite quand la sélection repose sur des critères plus objectifs, tels que la solvabilité ou encore l'expérience du débiteur[1525] (*supra*, n° 157).

2° Ensuite, dans un autre sens, le cocontractant cédé peut *agréer le cessionnaire*.

Si certains auteurs estiment alors que l'*intuitus personae* peut constituer un obstacle à la réalisation de la cession, il faut avoir égard soigneusement à son intensité pour le vérifier : le changement d'exécutant modifie parfois la convention initiale au point d'entrainer son extinction et de provoquer la conclusion d'un nouveau contrat entre le cocontractant cédé et le cessionnaire[1526]. Selon V. Withofs, il s'agit du cas « *Wanneer de persoon van de medecontractant daartegen wél essentieel is, bijvoorbeeld in een overeenkomst met een sterk* intuitu personae*-karakter, is een*

[1519] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 916, n° 1022 ; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 404-407, n^os^ 322-324 ; V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, pp. 486-487, n° 7. Cons. dans un sens similaire : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, pp. 70-74, n^os^ 103-107.

[1520] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 373-377, n^os^ 295-297 ; V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, p. 492, n° 16. Voy. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 263, n° 469.

[1521] Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2148, concl. av. gén. A. HENKES, *R.C.J.B.*, 2013, p. 537, note Th. LÉONARD, *R.G.D.C.*, 2012, p. 489, note A. DE BOECK, *R.W.*, 2010-2011, p. 1181, note S. STIJNS et S. JANSEN.

[1522] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 444-450, n^os^ 359-360.

[1523] M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22.

[1524] Voy. not. : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 64 ; A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *R.T.D. civ.*, 1971, p. 788, n° 49 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 53, n° 42.

[1525] Voy. not. : Prés. comm. Hasselt, 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, p. 95.

[1526] Voy. not. : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 373-377, n^os^ 295-297. Voy. not. dans le même sens en droit français : D. KRAJESKI, « L'*intuitu personae* et la cession du contrat », obs. sous Cass. fr. com. 6 juin 2000, *D.*, 2001, pp. 1346-1347 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 260-261, n° 464 ; J. MESTRE et B. FAGES, « Chroniques. Obligations et contrats spéciaux », *RTD. civ.*, 2000, pp. 571-572, n° 7 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 285-286, n° 417.

verandering van contractspartij onmogelijk, omdat de overeenkomst dan zelf een verregaande wijziging ondergaat. Zij verliest met andere worden haar identiteit. Dat was overigens ook de conclusie van de auteurs die elke overeenkomst sterk subjectief opvatten »[1527]. Par exemple, un chanteur réputé ne pourrait pas céder sa convention de représentation à un tiers sans qu'il y ait conclusion d'un nouveau contrat entre la salle de spectacle et le cessionnaire[1528] ; à l'inverse, l'*intuitus personae* ne s'oppose pas à la cession d'une convention de maintenance si les qualités du cédant ne constituent qu'une garantie de la bonne exécution de ses obligations[1529].

§3. – Conclusion intermédiaire

252. Base : caractère *intuitu personae* d'un contrat classiquement considéré comme un obstacle à sa cession. – En droit belge, la cession de contrat représente une véritable gageure à étudier dans la mesure où cette opération fait l'objet de trois acceptions différentes.

Tout d'abord, la théorie de dépeçage limite cette opération à une cession de créance à laquelle s'ajoute une cession de dette. La Cour de cassation nous parait avoir condamné cette conception. En revanche, par un arrêt du 26 juin 2017, la Cour a consacré l'existence de la cession imparfaite du contrat. Cette dernière implique la cession de l'ensemble des droits et des obligations au cessionnaire sans l'accord du débiteur cédé et sans qu'il y ait décharge du cédant. Enfin, selon plusieurs auteurs belges, la cession parfaite d'une convention requiert toujours l'accord des trois parties afin de transférer la qualité de partie du cédant vers le cessionnaire (*supra*, n^{os} 239-241).

Dans ce cadre, malgré ces incertitudes, certains postulent classiquement que la nature *intuitu personae* d'un contrat le rend incessible à défaut de consentement du cocontractant cédé : ce principe ressortirait du fait que si le cocontractant *intuitu personae* « pouvait céder ses droits, le contrat ne serait plus exécuté par le débiteur lui-même »[1530]. Un fournisseur sélectif pourrait toujours s'opposer à la cession de la convention par son distributeur ; de même, selon d'aucuns, un client ne peut pas céder son ouverture de crédit sans l'accord de la banque (*supra*, n^{os} 242-243).

253. Axes d'amélioration : une approche plus méthodique et plus complète. – Le principe de l'incessibilité des contrats *intuitu personae* s'inscrit dans la vision conceptuelle de cette figure juridique. Nous avons proposé deux axes d'amélioration pour affiner ce point de vue.

Primo, si l'approche classique se vérifie dans certains cas, elle pourrait être nuancée dans d'autres. Certains auteurs l'ont effectivement déduite de quelques dispositions éparses du Code civil. Toutefois, il apparait que le législateur organise maintenant la cession de plusieurs contrats *intuitu personae*, sans exiger l'autorisation du cocontractant cédé. Ces régimes particuliers témoignent de l'évolution de ce concept et du fait qu'il ne s'oppose pas toujours à la cession lorsque le cessionnaire dispose des qualités requises afin d'exécuter le contrat cédé. Cette idée se vérifie notamment pour la cession des contrats de crédit accordés aux consommateurs, pour la cession privilégiée de bail à ferme ou pour la cession du contrat de voyages à forfait (*supra*, n^{os} 245-248).

Secundo, la place exacte de l'*intuitus personae* nous parait dépendre de la sorte de cession de contrat envisagée par les parties. En effet, en ce qui concerne la cession imparfaite, la considération de la personne ne se conçoit que comme un obstacle relatif à l'intervention du

---

[1527] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 283, n° 216.
[1528] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 186, n° 134.
[1529] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 286, n° 417.
[1530] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*.

cessionnaire : le cocontractant cédé peut s'opposer à l'exécution des obligations ou à l'exercice des droits par ce tiers dès lors qu'il dispose *in concreto* d'un intérêt légitime. Par exemple, tel est le cas en présence d'un *intuitus personae* de haute intensité, c'est-à-dire au sens strict du terme. S'agissant de la cession parfaite, l'accord du cocontractant cédé s'impose toujours afin de réaliser le transfert de la qualité de partie. De ce fait, la considération de la personne peut constituer un obstacle à la cession parfaite à deux niveaux : d'un côté, lorsqu'il repose sur des motifs subjectifs, ce caractère amplifie la marge d'appréciation dont le cédé jouit afin de refuser d'agréer le cessionnaire ; d'un autre côté, face à un *intuitus personae* de haute intensité, un accord tripartite peut provoquer l'extinction du contrat initial conclu entre le cédant et le cédé (*supra*, n^{os} 249-251).

254. Proposition : approche concrète du régime de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite et parfaite de contrat. – En conclusion, compte tenu de ces observations, nous pensons qu'il est opportun d'opter pour une approche plus concrète des effets de l'*intuitus personae* dans le cadre de la cession imparfaite et parfaite du contrat : il faut alors tenir compte des variations qui l'affectent dans chaque espèce afin de déterminer s'il fait obstacle à l'opération envisagée[1531].

Dans la deuxième section, nous étudierons d'abord les effets de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite du contrat. Cette idée revient à déterminer quand le cédé peut invoquer l'article 1237 du Code civil pour faire échec à la cession, c'est-à-dire quand il a un intérêt à l'exécution personnelle du cédant. Nous reviendrons sur l'approche concrète de l'intensité de l'*intuitus personae* et donc sur les outils permettant de cerner la volonté des parties (*infra*, n^{os} 256-262).

Ensuite, nous examinerons les conséquences de l'*intuitus personae* dans la cession parfaite de la convention. Nous verrons ainsi que le principe général du droit de l'interdiction de l'abus de droit permet aux cours et tribunaux de contrôler les refus d'agrément émis par le cocontractant cédé. En outre, dans un dernier point, nous montrerons que la considération de la personne revêt rarement une intensité suffisante afin de faire obstacle à une cession tripartite (*infra*, n^{os} 263-274).

[1531] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 389-390, n° 431 ; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 281, n° 214. Dans le même sens en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 262, n° 466.

Section 2. Le régime de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite et parfaite du contrat

255. Plan. – Nous entamerons cette section par l'examen du régime de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite du contrat (**§1er**). Ensuite, dans un second temps, nous étudierons la place occupée par ce caractère dans le domaine de la cession parfaite de la convention (**§2**).

§1er. – Effets de l'intuitus personae dans la cession imparfaite du contrat

256. Fondements de l'intérêt à l'exécution personnelle du cédant, application aux obligations et aux droits issus du contrat. – Le cocontractant cédé peut s'opposer à la cession imparfaite tant en présence d'une clause contractuelle qu'en son absence (**A**). Dans ce dernier cas, l'intensité de l'*intuitus personae* permet de déterminer quand le cédé a un intérêt à réclamer l'exécution personnelle des obligations (**B**) ou l'exercice personnel des droits (**C**) du cédant.

A. Fondements du droit d'opposition du cocontractant cédé

257. Clause d'incessibilité du contrat absolue ou atténuée. – Dans les faits, il arrive que les cocontractants règlent le statut de la cession de leur convention à l'avance[1532]. La partie cédée et le cédant peuvent ainsi interdire cette opération ou l'autoriser sous certaines conditions.

Dans cette perspective, il apparait que certaines clauses d'incessibilité présentent un *caractère absolu* en pratique : elles excluent alors toute intervention d'une autre personne que le cédant. Par exemple, s'agissant de la distribution commerciale, les parties peuvent indiquer que « Le présent contrat étant conclu *intuitu personae*, le concessionnaire ne pourra céder en aucune façon les droits et obligations découlant pour lui du présent contrat »[1533]. Si cette clause confère une protection renforcée au cocontractant cédé, il ne peut cependant en faire un usage abusif[1534].

Une clause d'incessibilité peut également revêtir un *caractère atténué* en pratique[1535]. Cette stipulation n'exclut pas l'exécution des obligations par un cessionnaire qui revêtirait les qualités requises par le contrat. Par exemple, une clause peut énoncer que « Les obligations du présent contrat ne sont pas cessibles à un tiers. Ne sera pas considérée comme tiers toute société, soit qui

---

[1532] Voy. not. sur les clauses d'incessibilité : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 443-444, n° 358 ; K. ANDRIES, « *Intuitu personae*–clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 333-357 ; N. CARETTE et V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van schulden », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 749-750.

[1533] P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 468, n° 1213. Cons. également : N. CARETTE et V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van schulden », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 749-750.

[1534] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 443-444, n° 358. Voy. dans le même sens en droit français : W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 20 et pp. 884-885.

[1535] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 447-448, n° 462 ; V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van overeenkomst », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 805.

posséderait des liens de filiation d'au moins 50% du capital, soit à qui la partie au présent contrat projetant de céder ses obligations ferait apport de l'intégralité de son activité 'X' »[1536].

Toutefois, à notre sens, une simple clause d'*intuitus personae* ne fait pas nécessairement obstacle au paiement d'un cessionnaire ; le fait d'indiquer que « le contrat est conclu en considération de la personne d'une partie [*i.e.* le cédant] » n'implique donc pas, *à lui seul*, un intérêt à l'exécution personnelle du cédant. Dans ce cas, si cette clause constitue un indice à prendre en compte pour jauger l'intensité de l'*intuitus personae*, il convient de la combiner avec d'autres éléments du contrat afin de voir si ce caractère s'oppose *in concreto* au paiement du cessionnaire.

258. Appréciation concrète de l'intensité de l'*intuitus personae* en l'absence de clause. – Par un arrêt du 2 février 2012, la Cour de cassation a rappelé « qu'en vertu de l'article 1237 du Code civil, le créancier peut refuser le paiement par un tiers lorsqu'il a une raison légitime qui peut résulter de l'intérêt qu'il a que l'obligation, eu égard à sa nature, soit remplie par le débiteur lui-même ou ne le soit pas par un tiers déterminé. Cet intérêt doit être propre au créancier »[1537].

Ces propos s'appliquent à la cession imparfaite du contrat et ils constituent même le fondement de l'appréciation concrète de l'intensité de l'*intuitus personae*[1538]. Nous résumons les principes essentiels dégagés dans le chapitre dédié à l'exécution personnelle (*supra*, n° 191).

Il nous semble que l'*intuitus personae* comporte deux intensités différentes.

Tout d'abord, il existe un *intuitus personae* au sens strict du terme. Cette situation se rencontre lorsque le débiteur s'incorpore dans le contenu de son obligation : seule cette partie peut alors exécuter l'obligation de façon satisfactoire, c'est-à-dire conformément à sa formulation de départ ; un tiers modifie nécessairement la teneur de cette obligation, à l'inverse, quand il l'exécute à la place du débiteur initialement choisi[1539]. Par exemple, un peintre de renom s'incorpore dans la

---

[1536] N. CARETTE et V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van schulden », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 750.

[1537] Cass., 2 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 252, *R.W.*, 2014-2015, p. 1659, note S. RUTTEN. Voy. dans le même sens : Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J.A. VAN DAMME.

[1538] Voy. not. sur l'application de l'article 1237 du Code civil à la cession imparfaite du contrat : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1973, n° 1368 ; G. VELGHE, « Contractoverdracht », *R.W.*, 2012-2013, p. 437, n° 35 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », obs. sous Liège 20 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 680, n° 76 ; Ph. MARCHANDISE, « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives – Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Édition du Jeune Barreau, 1991, p. 136. Voy. not. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 238, n° 348.

[1539] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 577, n° 632 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 366-367, n° 404 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 135-136, n° 115. Voy. not. en droit français à ce sujet : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 270, n° 934 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28 ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 24.

toile qu'il doit réaliser pour son client ; il arrive aussi qu'un chanteur réputé se réifie dans l'œuvre musicale ou dans le concert qu'il doit accomplir pour une salle de spectacle[1540].

Un *intuitus personae* au sens large du terme s'observe également en pratique. Il s'agit du cas lorsque les qualités du débiteur déterminent le consentement du créancier, sans s'incorporer dans la prestation qu'il doit lui fournir : un tiers doté de qualités équivalentes à celles du débiteur peut alors s'exécuter de façon satisfactoire à sa place[1541]. Dans cette situation, le créancier n'a pas d'intérêt à l'exécution personnelle de son débiteur dès lors que le paiement du tiers lui apporte satisfaction[1542]. Un tiers peut rembourser le crédit de son ami sans heurter le caractère *intuitu personae* de ce contrat ; de même, selon certains auteurs, rien ne s'oppose à ce qu'un tiers exécute un contrat de maintenance pour autant qu'il dispose de l'agrément ou du diplôme du débiteur[1543].

Dans les deux cas, à l'instar de la portée d'une obligation, l'étendue de la considération de la personne s'apprécie concrètement à la lumière de la volonté des cocontractants[1544], de sorte que les cours et tribunaux statuent souverainement sur cette question en dernier recours[1545]. De surcroit, la charge de la preuve de l'intensité de l'*intuitus personae* repose sur la partie qui invoque un intérêt à l'exécution personnelle[1546], c'est-à-dire sur la personne du cocontractant cédé en l'occurrence.

B. Intensité de l'*intuitus personae* dans les obligations du cédant

259. Opposition à la cession imparfaite du contrat en présence d'obligations *intuitu personae* au sens strict. – Le cocontractant cédé peut s'opposer à la cession imparfaite du contrat en présence d'un *intuitus personae* de haute intensité, c'est-à-dire au sens strict.

1° Dans cette logique, il convient d'abord d'examiner les particularités de l'objet de l'obligation à exécuter afin de définir la dose d'*intuitus personae* qu'elle comporte.

Certaines obligations contiennent normalement un *intuitus personae* au sens strict en raison de leur nature. En effet, il est probable que le cédant s'incorpore dans une obligation de *non facere*,

---

[1540] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 582, n° 635 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, p. 135, n° 115.

[1541] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 367, n° 404. Voy. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63.

[1542] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 367, n° 404. Voy. en droit français : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435.

[1543] Voy. not., en droit français, sur des exemples de cet acabit : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 196, n° 421 ; Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 33 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63.

[1544] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 165, n° 16 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 236-237, nos 8-9.

[1545] Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 307 ; Cass., 24 mai 1878, *Pas.*, 1878, I, p. 274.

[1546] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 366, n° 403 ; P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 295.

puisque son abstention constitue alors le résultat recherché par le cocontractant cédé[1547]. Par exemple, une partie ne pourrait pas céder un accord de confidentialité à un tiers sans en modifier la teneur [1548]. Cette idée se conçoit également lorsque le cédant se confond avec l'objet d'une obligation de *facere* : la cession d'un contrat conclu par un mannequin, un chanteur ou un acteur réputé modifie le contenu des obligations qui portent sur son corps ou sur son image[1549].

Toutefois, la plupart du temps, la réification du cédant s'apprécie à la lumière du degré de spécificité ou de complexité de la prestation qui lui incombe. La présence d'une prestation complexe peut signifier que le créancier a choisi un débiteur nanti de qualités spécifiques qui s'incorporent dans le contenu de son obligation[1550]. Par exemple, le client d'un architecte peut s'opposer à la cession du contrat – à la suite d'une cession de clientèle – quand il lui a demandé d'imprimer tout son style à un ouvrage spécifique[1551] ; une société de publicité ne peut pas céder son contrat dès lors que les qualités artistiques ou techniques de ses employés présentent un caractère à ce point spécifique qu'elles s'incorporent dans le contenu de ses obligations[1552].

Enfin, à titre complémentaire, il nous semble que la référence à la finalité contractuelle permet de préciser l'étendue des obligations du cédant et donc d'affiner l'intensité de l'*intuitus personae*[1553]. L'examen de la personnalité des parties revêt un rôle primordial à cet égard[1554] : un *intuitus personae* de haute intensité s'envisage plus facilement lorsqu'un architecte, un médecin, un avocat et même un artiste jouit d'une réputation ou d'une expérience particulière[1555]. En l'occurrence, sa notoriété se projette dans le contenu de l'obligation qu'il doit accomplir.

2° Dans certaines circonstances, il arrive également qu'un sentiment de confiance ou d'affection puisse justifier un *intuitus personae* au sens strict du terme[1556].

[1547] K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, p. 139, n° 122 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 96-97, n° 40.

[1548] K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, p. 138, n° 120.

[1549] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553 ; M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, p. 175, n° 286 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 125-126, n° 129.

[1550] Voy. not. sur l'intensité de l'*intuitus personae* dans les prestations de services : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 369, n° 406 ; P.A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Formation permanente de la C.U.P., Liège, 2003, p. 17, n° 7.

[1551] Voy. not. à ce sujet : B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 77, n^{os} 49-50.

[1552] Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.

[1553] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 69 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435

[1554] Cass., 25 février 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 66.

[1555] Paris, 3 novembre 1994, *D.*, 1996, somm., p. 115, obs. D. MAZEAUD.

[1556] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 150-151, n° 70 ; O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour les juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 82, n° 82 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 78, n° 89. Voy. not. en droit français : A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 89, n° 108 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 254, n° 97/B.

Une ancienne décision de la Cour d'appel de Liège du 26 novembre 1885 illustre ces propos[1557]. Un preneur à nourriture souhaitait vendre son immeuble et, de ce fait, céder le bail qu'il avait conclu avec la bailleresse. Cette dernière s'y opposa. La Cour d'appel de Liège accueillit cette prétention. Selon la Cour, il convient d'admettre que « les termes de l'acte et l'existence de liens de parenté entre les intimés démontrent que Julien Duchâteau est tenu d'accomplir, par lui-même, l'obligation envers sa tante, et que celle-ci a intérêt à ce qu'un tiers quelconque ne se substitue pas à cet égard à son neveu »[1558]. En conclusion, l'affection ressortait des termes de l'acte et du lien de parenté partagé par les cocontractants ; le neveu ne pouvait donc pas céder son contrat de bail avec la vente de l'immeuble, sous peine de rendre impossible l'exécution en nature de ses obligations.

La confiance présente parfois une intensité suffisante pour justifier le caractère *intuitu personae* au sens strict d'une obligation[1559]. Ce sentiment peut alors faire obstacle à la cession imparfaite d'une convention. Tel est souvent le cas, en pratique, lorsque l'exécution des obligations des cocontractants se fonde sur leur collaboration étroite : ainsi un médecin pourrait-il s'opposer à ce que son secrétaire privé cède ses obligations à un cessionnaire compte tenu de la relation personnelle qu'ils partagent[1560] ; de même, les associés d'une société simple peuvent s'opposer à ce que l'un d'entre eux cède ses obligations à un tiers sans recueillir l'unanimité des votes[1561].

260. Opposition à la cession imparfaite du contrat en présence d'obligations *intuitu personae* au sens large. – Un *intuitus personae* au sens large ne fait pas obstacle à la cession imparfaite du contrat à partir du moment où le cessionnaire dispose du même pouvoir libératoire que celui du cédant ; à l'inverse, le cédé peut rejeter le paiement provenant d'un cessionnaire qui n'a pas les capacités requises afin d'exécuter les obligations en nature de façon satisfactoire[1562].

Cette idée se vérifie dans le domaine de la distribution commerciale quand un fournisseur cède son réseau à un repreneur – sans se retirer complètement – avant d'arrêter son activité. Certains auteurs estiment que l'*intuitus personae* comporte souvent moins d'intensité dans le chef du fournisseur[1563] : si le cessionnaire dispose des qualités requises pour maintenir les conditions du réseau cédé, L.-M. Augagneur pense que « Hors ces hypothèses où le franchisé parvient à

[1557] Liège, 26 novembre 1885, *Pas.*, 1886, II, p. 63.

[1558] *Ibidem*, p. 65.

[1559] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, n[os] 70-71. Voy. en droit français à cet égard : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234, n° 337.

[1560] Une partie de la doctrine voit, à juste titre, un cas d'*intuitus personae* intense dans cet exemple (W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 712). Voy., pour le même constat, une décision relative à l'extinction du contrat de travail au décès de l'employeur : Trib. Trav. Bruxelles, 25 juin 1986, *Chron. D.-S.*, 1987, p. 54.

[1561] Voy. sur les conséquences de l'*intuitus personae* dans la société simple : F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, pp. 949-950, n[os] 18-19. En règle, la doctrine constate que les sociétés de personnes non personnalisées comportent un haut degré d'*intuitus personae*. Voy. not. : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5[e] éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 440, n[os] 767-768 ; F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et société », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 283, n° 41.

[1562] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 140, n° 102.

[1563] Voy. not. à ce sujet : L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 921, n° 9. Voy. not. en droit français : L.-M. AUGAGNEUR, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *J.C.P.*, G, 2005, I, 158, pp. 1149-1450, n° 6 ; C. BOURGEON, « Á propos des clauses d'*intuitus personae* », *R.D.C.*, 2004, pp. 499-500.

démontrer que le franchiseur n'est pas seulement une garantie d'exécution du contrat, mais la cause de son engagement initial, il n'y a pas de raison de ne pas permettre une substitution de franchiseur sans l'accord des franchisés repris lorsqu'il n'y a pas de modification majeure »[1564]. Toutefois, les distributeurs peuvent toujours s'opposer à la cession si le repreneur ne maintient pas le réseau dans sa forme initiale, comme lorsqu'il ne le poursuit pas aux conditions financières de base[1565].

Selon nous, ces principes valent également lors de la cession de la convention par le distributeur. Si l'*intuitus personae* présente en général plus d'intensité dans son chef, il ne s'agit pas d'une règle absolue : ainsi L. du Jardin écrit-il que ce caractère s'exprime peu – voire pas du tout – « dans les cas de formule de distribution purement *intensive* dont la logique (multiplier les points de vente tant que possible) pourrait s'accommoder de contrats conclus indifféremment de la personnalité du distributeur »[1566]. La solution dépend donc des circonstances de l'espèce[1567].

Une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 février 2014 illustre ces principes à propos de la cession d'une concession de vente intensive[1568]. Dans cette affaire, une société concessionnaire d'une chaine de distribution alimentaire cède son activité à un tiers. Le concédant résilie alors la convention pour atteinte à l'*intuitus personae*. La Cour d'appel a condamné cette décision. Tout d'abord, elle a rappelé que « *Overeenkomstig artikel 1236, tweede lid BW kan een verbintenis, in beginsel en voor zover ze niet* intuitu personae *is aangegaan (cf. art. 1237 BW en infra), uitgevoerd worden door een derde zodat niets een overnemer van een overeenkomst belet om de eruit voortvloeiende verbintenissen van de overdrager op rechtsgeldige wijze uit te voeren. De wederpartij kan zich hier in beginsel niet tegen verzetten* »[1569]. Ensuite, ajoute la juridiction, « *Een concessieovereenkomst heeft niet uit nature een intuitu personae-karakter. Een beoordeling* in concreto *van de verbintenissen van de concessiehouder is vereist […] Er wordt niet bewezen of aannemelijk gemaakt dat de overeenkomst werd gesloten in functie van één of meer van haar personeelsleden* »[1570]. Une conclusion identique nous parait s'imposer lorsque le cessionnaire dispose des qualités pour remplir des obligations *intuitu personae* au sens large du terme.

C. Intensité de l'*intuitus personae* dans les droits du cédant

261. Opposition à la cession imparfaite du contrat en présence de droits *intuitu personae* au sens strict. – Le cocontractant cédé peut s'opposer à la cession imparfaite du contrat quand le

[1564] L.-M. AUGAGNEUR, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *J.C.P.*, G, 2005, I, 158, p. 1450, n° 7. Cependant, certains auteurs remarquent, à bon droit, que le caractère *intuitu personae* présente tout de même rapidement une haute intensité dans le chef du fournisseur dès lors que le contrat comporte une clause d'exclusivité territoriale ou un transfert de savoir-faire. Voy. not. en ce sens : L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, pp. 921-922, n° 10 ; C. BOURGEON, « Á propos des clauses d'*intuitus personae* », *R.D.C.*, 2004, p. 500.

[1565] L.-M. AUGAGNEUR, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *J.C.P.*, G, 2005, I, 158, p. 1450, n° 7. Voy. dans un sens similaire : L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, pp. 921-922, n° 10.

[1566] L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 921, n° 9.

[1567] P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 39-40, n° 39 ; S. CLAEYS, *Franchising*, Bruges, die Keure, 2009, p. 486, n° 597.

[1568] Bruxelles, 10 février 2014, *R.A.B.G.*, 2016, p. 592, note P. NAEYAERT.

[1569] *Ibidem*, spéc. p. 596.

[1570] *Ibidem*, spéc. p. 597.

cédant justifie le caractère *intuitu personae* au sens strict de ses droits : tel est le cas lorsque les qualités du cédant s'incorporent dans le contenu de la prestation que le cédé doit lui fournir.

L'ouverture de crédit accordée à un professionnel illustre cette idée. Dans un arrêt du 26 novembre 2009, la Cour de cassation a décidé que « *Een kredietopening verleent aan de kredietnemer een* persoonlijk recht *om, op zijn verzoek, gebruik te maken van de door de kredietovereenkomst toegekende kredietruimte* »[1571]. La Cour a donc conclu à l'insaisissabilité des droits du crédité, puisqu'un tiers ne peut en faire usage à sa place. En outre, lors d'un arrêt du 15 octobre 1998, la Cour d'appel de Liège a confirmé que le droit de faire appel au crédit « n'appartient qu'à lui seul [*i.e.* au crédité] en raison du caractère *intuitu personae* du contrat d'ouverture de crédit »[1572]. Ces propos s'appliquent à la cession imparfaite d'une telle convention : les qualités du crédité définissent effectivement l'étendue et les modalités de l'obligation de mise à disposition des fonds de la banque – ainsi que l'intérêt qu'elle percevra –, de sorte qu'un cessionnaire ne peut pas exercer les droits du crédité sans l'autorisation de l'institution financière[1573]. Cette idée permet de comprendre pourquoi l'*intuitus personae* rend d'autres contrats incessibles tels que les assurances de responsabilité professionnelle ou les assurances-crédit[1574].

Dans d'autres cas de figure, un sentiment de confiance ou d'affection peut justifier le caractère *intuitu personae* au sens strict d'un droit et donc son incessibilité. Une décision du Tribunal de première instance de Bruxelles du 16 juin 1962 le démontre[1575]. Une bailleresse s'opposait à la transmission du bail aux héritiers de sa sœur à qui elle l'avait accordé par affection. Le Tribunal a fait droit à cette demande. En effet, il a constaté que « compte tenu du terme extraordinaire pour lequel le bail fut accordé et de la modestie du prix, que la qualité de la preneuse, sœur de la bailleresse, a été la cause déterminante qui lui a fait conclure le bail »[1576]. La juridiction conclut « [qu'il] est de principe que les conventions doivent s'entendre suivant l'intention des cocontractants et s'exécuter de bonne foi et que ce serait évidemment méconnaitre ces principes que d'admettre les prétentions des intimés [*i.e.* les héritiers] que de leur reconnaître *le droit de bénéficier d'un bail* particulièrement avantageux qui a son origine et son unique cause dans les sentiments généreux de la bailleresse envers sa sœur »[1577]. Cette conclusion nous parait transposable à l'hypothèse d'une cession imparfaite de contrat. C'est pour cette raison que les droits issus d'un commodat[1578], des libéralités telles les donations[1579], du cautionnement fait par amitié

[1571] Nous soulignons (Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100).
[1572] Liège, 15 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 732, spéc. p. 734.
[1573] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 196, n° 15.
[1574] Voy. not. sur la portée de l'*intuitus personae* dans ces conventions : M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482 ; P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, p. 6.
[1575] Civ. Bruxelles, 16 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 480, note M. LAHAYE et J. VANKERCKHOVE.
[1576] *Ibidem*, spéc. p. 481.
[1577] Nous soulignons (*ibidem*).
[1578] Les droits issus du contrat de commodat comportent régulièrement un *intuitus personae* de haute intensité dans le chef de l'emprunteur, mais il ne s'agit pas nécessairement du cas en pratique. Un examen concret s'impose afin de le déterminer : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119 ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, pp. 15-16, nos 43-45.
[1579] En principe, si l'affection que le donateur éprouve envers le donataire confère un *intuitus personae* au sens strict à la donation, il est vrai que ce principe connait des exceptions : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu*

envers un créancier[1580] ou du contrat de bail à nourriture[1581] ne peuvent donc pas faire l'objet d'une cession dès lors que le bénéficiaire des droits justifie un haut degré de confiance ou d'affection.

262. Opposition à la cession imparfaite du contrat en présence de droits *intuitu personae* au sens large. – Il arrive que les qualités du créancier aient déterminé le consentement du débiteur, sans s'incorporer dans la prestation que cette partie doit lui fournir : le créancier justifie alors un *intuitus personae* au sens large qui ne fait pas toujours obstacle à la cession imparfaite du contrat.

Certaines conventions de licence de brevet s'inscrivent dans cette logique. En effet, l'intensité de la considération de la personne varie *in concreto* dans le chef du titulaire du droit d'exploitation[1582] : si les qualités d'une personne physique licenciée justifient souvent un *intuitus personae* intense, ce constat ne s'observe pas toujours quand une société conclut le contrat[1583]. Selon certains auteurs, l'*intuitus personae* peut alors reposer sur des qualités dotées d'un caractère interchangeable telles que la solvabilité ou des compétences techniques interchangeables. Il en va ainsi, par exemple, lorsque quand la licence concerne un produit peu complexe à exploiter[1584].

Dans cette perspective, s'agissant d'un contrat de licence de brevet sur logiciels, M. Keup écrit que « dans de nombreux cas, particulièrement lorsque l'objet du contrat de licence porte sur des droits intellectuels liés à un produit innovant, l'identité du preneur de licence en tant que telle ne revêt pas une importance particulière pour le donneur de licence. *Ce sont davantage ses compétences et l'objectif poursuivi par ce dernier qui importent.* Partant, deux entreprises concurrentes ayant les mêmes compétences et capacités seraient interchangeables et pourraient être remplacées l'une par l'autre, pour autant que les mêmes objectifs soient poursuivis à l'égard du produit »[1585]. De la sorte, lors de la cession de son fonds de commerce, il convient d'admettre qu'une société licenciée pourrait céder son droit d'exploitation d'un brevet à une autre personne morale dotée de qualités – compétence ou solvabilité – objectivement équivalentes aux siennes[1586].

§2. – Effets de l'intuitus personae dans la cession parfaite du contrat

263. Contrôle du refus de contracter et accord tripartite. – La partie cédée peut refuser de contracter avec le cessionnaire du contrat. En règle, l'exercice de cette liberté reste soumis au

---

personae" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 40-41, n° 19.

[1580] D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD. civ.*, 2003, pp. 27-28, n° 62.

[1581] Selon G. Kostic, le bailleur à nourriture ne pourrait pas céder son droit de recevoir des soins à un tiers (G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 286, n° 417).

[1582] Voy. not. sur l'*intuitus personae* dans le contrat de licence : M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, pp. 305-306 ; G.-L. BALLON, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. III, *Handels-en economisch recht*, deel 1, vol. B, B. TILLEMAN et E. TERRYN (éds.), Malines, Kluwer, 2011, pp. 1248-1249, n° 1726 ; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 336, n° 418 ; Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 16, n° 20 et pp. 107-108, n° 226.

[1583] Voy. sur l'*intuitus firmae* dans le contrat de licence : M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306 ; Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 108, n° 226.

[1584] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.

[1585] *Ibidem*.

[1586] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306 ; Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 108, n° 226.

contrôle des juridictions, malgré la présence de l'*intuitus personae* (**A**). Le cédé peut aussi accepter de conclure la cession parfaite. Dans certaines situations, certes rares en pratique, l'*intuitus personae* peut faire obstacle au transfert de la qualité de partie du cédant au cessionnaire (**B**).

A. Contrôle du refus d'agrément du cessionnaire du contrat

264. Principe : liberté d'agréer et de ne pas agréer le cessionnaire. – À notre sens, la conclusion d'une cession parfaite de contrat obéit, à l'instar de la formation de toute autre convention, au principe de la liberté contractuelle. Cette dernière se fonde sur les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique ainsi que sur le principe de l'autonomie de la volonté[1587].

Nous avons vu les principes régissant cette liberté dans le chapitre dédié à la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae*. Nous les résumerons donc à ce stade (*supra*, n[os] 107-108).

La doctrine belge estime que la liberté contractuelle implique que tout sujet de droit dispose de la liberté de contracter et de la liberté de ne pas contracter ou, autrement dit, de refuser de contracter[1588]. Dans le cadre de la cession parfaite du contrat, ce principe signifie que le cocontractant cédé bénéficie en principe de la liberté de refuser de contracter avec le cédant et le cessionnaire : le cédé peut donc, selon la formule consacrée, *refuser d'agréer* le cessionnaire[1589].

Ensuite, concernant les caractéristiques de cette liberté, il est admis que le refus de contracter ne constitue normalement pas un acte illicite[1590]. Par ailleurs, l'effectivité de la liberté contractuelle suppose qu'il n'existe pas d'obligation générale de motivation du refus de contracter. Dans un arrêt du 13 septembre 1991[1591], la Cour de cassation a également rallié ces principes,

---

[1587] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 555, n° 350 ; A. DE BOECK, « De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2014, p. 223, n[os] 8-9 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1183, n° 4 ; I. DURANT, « La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, P. VAN OMMESLAGHE et J.-Fr. GERMAIN (éds.), Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, p. 44, n° 6 ; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, « La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime général et sanctions », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 79-80, n° 3 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 448-449, n° 4.2.3.

[1588] A. DE BOECK, « De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2014, pp. 224-226, n[os] 11-14 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1183, n° 4 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 448-449, n° 4.2.3 ; A. VAN OEVELEN, « Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten », *D.A.O.R.*,1990, n° 14, pp. 47-48, n°6.

[1589] Voy. not. sur le refus d'agrément et sur son contrôle : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 83-84, n° 119 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 521-531, n[os] 714-726.

[1590] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 555-558, n° 351 ; A. DE BOECK, « Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 492 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1183, n° 4 ; P.A. FORIERS, « *Pacta sunt servanda* (portée et limites) », in *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles, Bruylant – Kluwer, 2003, p. 21, n° 21 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 448-449, n° 4.2.3 ; L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle d'un processus précontractuel », *R.G.D.C.*, 1990, p. 396, n° 6.

[1591] Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 33.

lorsqu'elle a déclaré que « celui à qui l'on fait une offre n'a aucune obligation de l'accepter à moins qu'une disposition légale ne l'y oblige ; [attendu] qu'il s'ensuit que celui à qui l'on fait une offre et qui ne souhaite pas l'accepter ne doit pas faire connaître les raisons de son refus »[1592].

265. Limite : l'interdiction de l'abus de refuser l'agrément du cessionnaire. – Malgré certaines réticences, plusieurs auteurs pensent que le refus de contracter reste soumis au principe général de l'interdiction de l'abus de droit[1593]. Lors d'une décision du 7 octobre 2011, la Cour de cassation a aussi rappelé que « Le refus de contracter peut constituer un abus de droit lorsque l'usage de la liberté de ne pas contracter est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente et diligente »[1594].

Partant, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, la violation du critère général de l'abus de droit s'apprécie à la lumière des circonstances[1595] et à l'aide d'autres critères spécifiques. Dans ce cadre, la haute juridiction a reconnu l'existence de plusieurs critères en matière contractuelle et extracontractuelle, sans pour autant avoir arrêté une liste définitive :

- l'exercice d'un droit avec l'intention exclusive de nuire[1596] ;
- le choix, entre différentes manières d'exercer un droit, avec la même utilité, de la voie la plus préjudiciable pour autrui ou pour l'intérêt général[1597] ;
- l'exercice d'un droit à une fin économique ou sociale différente de celle que le législateur lui a attribuée[1598] ;
- l'exercice d'un droit sans intérêt raisonnable et suffisant ou légitime[1599] ;
- l'exercice d'un droit causant un dommage sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit[1600] ;

[1592] *Ibidem*, spéc. p. 36.
[1593] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 82-83, n° 29 ; A. DE BOECK, « Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 494 ; J.-Fr. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 455-456, n° 13.3.1.
[1594] *Pas.*, 2011, p. 2154.
[1595] Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER ; Cass., 1er octobre 2010, *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER, *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN et S. STIJNS ; Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 694 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 814 ; Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1460, note M. E. STORME.
[1596] Cass., 14 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 528 ; Cass., 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 406 ; Cass., 11 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 867.
[1597] Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602 ; Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332 ; Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65.
[1598] Cass., 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 890.
[1599] Cass., 30 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 405 ; Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 694 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 814 ; Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185, note P.A. FORIERS ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392 ; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332.
[1600] Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 694 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, p. 814 ; Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185, note P.A. FORIERS ; Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392 ; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 ; Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295 ; Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

- l'exercice d'un droit d'une manière objectivement inconciliable avec l'usage normal qu'en ferait une personne normalement prudente et diligente[1601].

266. Critère de l'absence d'intérêt ou de la disproportion. – En pratique, le cocontractant cédé peut abuser de sa liberté de refuser l'agrément du cessionnaire lorsqu'il n'a aucun intérêt à agir de la sorte ou quand il exerce ce refus de manière manifestement disproportionnée[1602].

1° Ces critères se rencontrent dès lors que le cessionnaire répond aux conditions objectives du contrat et que le cédé ne motive pas son refus. Les juridictions disposent alors d'une marge d'appréciation plus large pour sanctionner le refus d'agrément, car elles peuvent déterminer avec précision quand le cédé n'a pas d'intérêt à agir de la sorte[1603] (*supra*, n° 150).

Une décision du président du Tribunal de première instance d'Hasselt du 24 septembre 1997 illustre ces propos[1604]. Un franchiseur refusait d'agréer un cessionnaire sans se justifier et sans même se renseigner sur sa personnalité, alors que ce candidat offrait des garanties de solvabilité et de compétence équivalentes à celles du cédant. Ses projections d'investissements et les fonds à sa disposition en témoignaient. Le cessionnaire l'a donc assigné pour abus de droit. Le Président du Tribunal de commerce d'Hasselt a accueilli cette demande. En effet, selon le magistrat, « *De weigering een franchiseovereenkomst af te sluiten, levert misbruik van recht op wanneer de franchisegever geen belang heeft bij de weigering een kennelijk onevenwicht in de belangen van partijen schept* »[1605]. Dès lors, il conclut que « *Wij zijn in die zin van oordeel dat verwester* prima facie geen belang heeft *bij de weigering en een kennelijk onevenwicht in het belangen veroorzaakt zodat zij rechtsmisbruik begaat en aldus een inbreuk op de eerlijke handelspraktijken* »[1606]. Le président ordonne alors au franchiseur d'accepter la cession du contrat sous peine d'astreinte.

Il nous semble que ces principes s'appliquent à la cession de tout contrat dont la finalité repose principalement sur un objectif de rentabilité économique. De ce fait, lors de la cession du fonds de commerce d'un distributeur intensif, le cédé pourra difficilement refuser d'agréer un cessionnaire dont les garanties de solvabilité et de compétence permettent de générer un *goodwill*. Dans cette situation, les qualités du cessionnaire accroissent la rentabilité future du contrat de distribution cédé avec le fonds de commerce[1607] : ainsi le cédé n'a-t-il, en principe, aucune raison de refuser d'agréer le cessionnaire, sauf à démontrer l'existence d'un autre motif légitime[1608].

[1601] Cass., 1er octobre 2010, *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER, *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN et S. STIJNS ; Cass., 20 octobre 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 1161.

[1602] J.-Fr. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinages et de l'abus de droit (plus précisément dans le refus individuel de contracter) », *Rev. dr. ULB*, 2002, pp. 249-250, nos 53-54.

[1603] Comm. Hasselt (Prés.), 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, p. 95 ; J.P. Gand, 19 décembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 48, p. 88, obs. J. BILLIET. Voy. sur l'objectivité d'un critère : C.J.C.E., 22 octobre 1986, C-75/84, aff. *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, n° 72 ; CJCE, 25 octobre 1983, C-107/82, aff. *AEG-Telefunken AG c. Commission des Communautés européennes*, n° 37.

[1604] Comm. Hasselt (Prés.), 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, p. 95.

[1605] *Ibidem*, spéc. p. 96.

[1606] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 97).

[1607] Le *goodwill* exprime la plus-value qui résulte de la différence entre la valeur actuelle et la valeur future d'une société ou d'un fonds de commerce (Anvers, 16 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016, p. 83). La compétence et la réputation du titulaire du fonds entre en ligne de compte pour son évaluation. En effet, ces qualités permettent d'accroitre la clientèle de ce titulaire et, partant, de générer un *goodwill* (Mons, 13 novembre 2013, *J.D.F.*, 2013, p. 287).

[1608] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 272, n° 206, pp. 289-290, n° 223.

2° Toutefois, dans les faits, un contrat repose rarement sur des motifs purement objectifs : un ensemble de considérations subjectives et objectives sous-tendent souvent l'*intuitus personae*. Dans ce cas, la présence de certaines données objectives permet aux cours et tribunaux de contrôler le refus d'agrément du cocontractant cédé sur la base du critère spécifique de proportionnalité.

Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 14 avril 2011 rend *implicitement* compte de cette idée[1609]. Un gynécologue cède son cabinet médical – situé dans une clinique – à un confrère avant de prendre sa retraite. La clinique retire son agrément à la cession en raison d'un manque de confiance dans les compétences du cessionnaire. Ce dernier assigne l'hôpital pour abus du droit. La Cour d'appel de Lyon a fait droit à cette demande. Elle a constaté l'abus de la liberté de ne pas contracter, vu la disproportion entre le dommage que ce refus causait au cessionnaire et l'avantage que la clinique en retirait : cette dernière avait pris sa décision de « manière inconséquente, précipitée et discriminatoire à l'égard d'un médecin »[1610], sur la base de « griefs proven[ant] de médecins anesthésistes de la clinique et non d'autres gynécologues »[1611], sans tenir compte de « l'espoir du praticien quant à son intention de prendre la suite du praticien cédant par l'autorisation tacite d'exercer au sein de la clinique depuis le 28 juin 2005 en accord avec le Conseil de l'ordre des médecins »[1612]. Selon la Cour, la clinique a abusé de sa liberté de ne pas contracter « en ne s'informant pas mieux sur les compétences professionnelles du médecin »[1613], de sorte « qu'il y a lieu de réparer le dommage causé par l'exercice abusif de son refus d'agrément »[1614].

267. Critère de l'atteinte à la confiance légitime, du détournement du droit de sa fin initiale ou de l'intention de nuire. – Un abus se rencontre également si le cédé refuse d'agréer le cessionnaire alors qu'il avait donné l'espérance légitime de conclure la cession, s'il détourne cette liberté de sa fin économique ou sociale initiale ou s'il l'exerce avec l'intention de nuire.

1° Ces critères spécifiques permettent de contrôler à la marge le refus d'agrément même lorsque que le contrat cédé comporte une importante dose de subjectivité. En l'occurrence, les juridictions constateront l'abus du refus d'agrément sur la base de circonstances étrangères à la personne du cessionnaire[1615]. C'est pour cette raison que la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* revêt au maximum un caractère quasi-discrétionnaire en pratique (*supra*, n° 151).

Un cocontractant cédé détourne ainsi la liberté d'agrément de sa finalité économique ou sociale initiale lorsqu'il fait usage de son refus de contracter dans l'unique but de régler un différend commercial avec le cédant ou quand il l'exerce avec le seul objectif de renégocier les termes du contrat à son avantage avant de donner son accord au cessionnaire[1616] ; un tel détournement – voire l'existence d'une intention de nuire – s'envisage également dès lors qu'un

[1609] Lyon, 14 avril 2011, *Juris-Data* n° 2011-018861.
[1610] *Ibidem.*
[1611] *Ibidem.*
[1612] *Ibidem.*
[1613] *Ibidem*.
[1614] *Ibidem.*
[1615] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 521-530, n[os] 714-726. Voy. not., en dehors de la cession, un arrêt où un artiste avait détourné sa liberté de refuser d'agréer le scénario d'un film afin de pouvoir en tourner un autre au même moment (Paris, 30 mai 1961, *D.*, 1961, jur., p. 669, note G. LYON-CAEN).
[1616] N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », *L.P.A.*, 3 juin 2004, p. 4. Si les auteurs développent ces exemples dans le cadre d'une fusion par absorption, rien ne s'oppose à leur transposition à l'hypothèse de la cession *ut singuli* du contrat.

fournisseur refuse d'agréer un cessionnaire dans l'unique but d'éliminer la concurrence entre distributeurs géographiquement proches, sans alléguer d'autres motifs légitimes de refus[1617].

En outre, une application du critère de la *rechtsverwerking* s'envisage lorsque la partie cédée refuse d'agréer le cessionnaire alors qu'elle a créé l'espérance légitime d'adhérer à la cession : ainsi un fournisseur de produits cosmétiques ne pourrait-il pas laisser le cessionnaire investir d'importantes sommes d'argent dans le point de vente qu'il a repris, tout en refusant de l'agréer à la veille de son ouverture pour un motif qu'il connaissait depuis le début des négociations. Le fournisseur exercerait effectivement sa liberté d'agrément d'une manière objectivement inconciliable avec l'usage normal qu'en ferait tout fournisseur normalement prudent et diligent[1618].

2° À l'inverse, il n'y a pas d'abus lorsque l'exécution des obligations requiert la collaboration étroite des parties et que les actes du cessionnaire ont rompu la confiance du cédé.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 21 février 2008 l'illustre[1619]. Un concessionnaire et un candidat repreneur ont négocié la reprise d'une concession en dehors de la procédure établie par le contrat. Le concédant refusait d'agréer le cessionnaire parce que les négociations qu'il avait menées dans son dos avaient rompu la confiance déterminante qu'il lui portait. Le cessionnaire l'a alors assigné pour abus de droit. La Cour d'appel d'Anvers a rejeté cette demande, en constatant que « *In die omstandigheden heeft BMW op niet-onredelijke grondslag en zonder daarbij de perken van haar beslissingsvrijheid te buiten te gaan, kunnen oordelen dat het vertrouwen in geïntimeerde in die mate geschokt was dat zij daardoor afzag van enige verdere toekomstige commerciële samenwerking, temeer daar en NV Siau en geïntimeerde in hun eerste contracten met BMW na het sluiten van voormeld "onherroepelijke aanbod tot verkoop" hebben gehandeld alsof de overdracht van de aandelen reeds onherroepelijk gesloten was en zulks niet kan herleid worden tot "slechte communicatie" en in ieder geval bij BMW tot gerechtvaardigd toenemend wantrouwen kan geleid hebben* »[1620]. Dans cet ordre d'idées, la Cour d'appel a donc estimé que « *In die omstandigheden is de contractweigering van appelante t.o.v. geïntimeerde niet onrechtmatig* »[1621].

268. Abus de droit de la mise en œuvre d'une clause d'agrément. – Le cédant et le cocontractant cédé peuvent insérer une clause d'agrément dans le contrat. Cette clause constitue alors un indice témoignant, en règle, de la présence d'un *intuitus personae* de haute intensité[1622].

1° Une clause d'agrément comporte différents degrés de complexité.

Tout d'abord, il apparait que le contrat se limite parfois à interdire la cession sans l'autorisation du cédé : une stipulation peut ainsi énoncer que « X ne peut céder tout ou partie des droits et obligations découlant à son profit ou à sa charge des termes du présent contrat qu'en vertu

[1617] Voy. not. pour une exemple étranger au refus d'agrément émis lors d'une cession du contrat, mais transposable à ce cas de figure : Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049.
[1618] Voy. implicitement dans un sens similaire lors d'une procédure d'agrément d'un candidat distributeur de produits cosmétiques : Comm. Verviers, 13 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 348.
[1619] Anvers, 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 915, note L. DU JARDIN.
[1620] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 917).
[1621] *Ibidem*, spéc. p. 918.
[1622] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 22.

d'une autorisation préalable de Y »[1623]. De prime abord, une telle clause semble inutile, dans la mesure où elle ne fait que confirmer l'incessibilité de la qualité de partie en l'absence de consentement du cocontractant cédé. Toutefois, cette stipulation permet à son bénéficiaire de garder la maitrise sur la cession de la convention, sans pour autant l'interdire dès le départ[1624].

Il arrive également qu'une clause d'agrément contienne plus de précisions. En effet, les parties peuvent prévoir les conditions et les modalités procédurales dans lesquelles le cocontractant cédé doit donner son accord à la cession[1625] : aussi un contrat peut-il énoncer, à cet égard, que « Si l'une des parties entend céder sa position contractuelle, elle devra notifier son projet de cession à l'autre partie ; lui indiquant les noms et renseignements essentiels relatifs au cessionnaire. La partie notifiée disposera d'un délai d'un mois pour dire si elle entend agréer le nouveau contractant, étant précisé que cet agrément ne pourra pas être refusé sans une raison objective »[1626]. Pareille clause permet d'entourer l'opération de cession d'une plus grande sécurité juridique[1627].

2° Dans cette perspective, il convient de remarquer que la rédaction d'une clause d'agrément présente un impact sur l'étendue du pouvoir modérateur des cours et tribunaux.

Une clause peut d'abord réduire la marge d'appréciation dont la partie cédée dispose afin d'agréer le cessionnaire[1628]. Il en va ainsi, par exemple, lorsque la clause lui impose de respecter des critères objectifs de sélection – tels que la solvabilité ou la compétence – ou de motiver son refus par de justes motifs[1629]. Un arrêt de la Cour de cassation française du 2 juillet 2002 fournit un exemple de ces propos[1630]. Quatre contrats de concession de vente conclus *intuitu personae* subordonnaient leur cession au fait que le cédé devait « examiner équitablement avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire »[1631]. Sur la base des termes de cette clause, la Cour de cassation française a décidé que « la cour d'appel a pu en déduire que le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde des intérêts commerciaux légitimes et que, pour éviter tout arbitraire, il lui appartient de le motiver afin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels »[1632].

[1623] V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van overeenkomst », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 807. Voy. également : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 450, n° 364.

[1624] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 20.

[1625] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, pp. 20-21 ; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 449-454, nos 363-365 ; V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van overeenkomst », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 807-816.

[1626] V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van overeenkomst », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 806.

[1627] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 20.

[1628] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 525, n° 719.

[1629] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 24.

[1630] Cass. fr. com., 2 juillet 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 122, n° 113, *D.*, 2003, p. 93, note D. MAZEAU.

[1631] *Ibidem.*

[1632] *Ibidem.*

En revanche, certaines clauses d'agrément prévoient que le cédé bénéficie d'une liberté discrétionnaire de refuser de contracter avec le cessionnaire. Même dans cette situation, une partie de la doctrine pense que la mise en œuvre de la clause reste soumise au principe général de l'interdiction de l'abus de droit[1633]. V. Withofs écrit, à ce sujet, que « *is het in elk geval raadzaam om uitdrukkelijk te bepalen wanneer de goedkeuring (quasi) discretionair mag worden geweigerd.* Hoewel ook zo'n (quasi) discretionaire weigeringsbeslissing steeds vatbaar is voor rechtsmisbruik*, ligt het voordeel van zo'n uitdrukkelijke bepaling in de duidelijkheid over het feit dat partijen aan de wederpartij de meest ruime weigeringsbevoegdheid toekennen, wat de rechter bij zijn controle in rekening neemt* »[1634]. Dans cette hypothèse, nous pensons que seules des circonstances exceptionnelles peuvent témoigner de l'exercice abusif de la clause d'agrément, comme lorsque le cédé la détourne de sa finalité initiale ou qu'il l'exerce dans l'unique but de nuire (*supra*, n° 267).

B. Effets de l'*intuitus personae* sur l'accord tripartite de cession de contrat

269. Formes de la cession parfaite du contrat. – Pour une partie de la doctrine, une cession parfaite requiert toujours le consentement du cédant, du cessionnaire et du cocontractant cédé ; seul l'accord de ces trois parties permet donc de transférer le contenu obligationnel, le contenu normatif et les droits potestatifs de la convention du cédant vers le cessionnaire[1635] (*supra*, n° 241).

L'accord des parties peut revêtir deux formes différentes.

Tout d'abord, il apparait que la conclusion d'une cession parfaite peut se faire en *un seul temps*. Le cédant et le cessionnaire s'accordent alors simultanément sur le transfert de la position de partie du cédant vers le cessionnaire[1636]. Afin de faciliter cette opération, il arrive que les cocontractants prévoient une clause de substitution, par laquelle le cédé donne son consentement par avance : ainsi le contrat peut-il énoncer que « Le créancier autorise expressément le débiteur à se substituer toute personne de son choix dans les droits et obligations nés du présent contrat »[1637].

La cession parfaite du contrat se réalise également *en deux temps*. En effet, rien ne s'oppose à ce que le cédant et le cessionnaire concluent d'abord une cession imparfaite, à laquelle ils demandent au cocontractant cédé d'adhérer par la suite[1638] ; de même, selon certains, le cédé peut adhérer à la cession imparfaite de sa propre initiative par un engagement unilatéral de volonté[1639]. Dans l'intérêt du cessionnaire, le cédant se porte parfois fort de l'acceptation de la partie cédée[1640].

[1633] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 453-454, n° 365 ; V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van overeenkomst », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 808. En droit français : W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 23 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, pp. 481-482, n° 1245.

[1634] Nous soulignons (V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 453, n° 365).

[1635] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 373-377, nos 295-297 ; V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, p. 492, n° 16.

[1636] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 916, n° 1022.

[1637] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 883. Cons. not. sur ces clauses de substitution : P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, pp. 460-461, nos 1194-1195.

[1638] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 72, n° 104 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 59-60, n° 70.

[1639] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 438, n° 351.

[1640] Voy. not. sur cette clause : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 424-425, n° 341.

Une convention peut notamment mentionner que « Le cédant se porte fort de l'acceptation par la société de la cession au cessionnaire des droits et obligations découlant des conventions […] ».

270. Controverse concernant les effets de l'*intuitus personae* dans la cession parfaite du contrat. – Il existe une controverse quant à la cessibilité des conventions *intuitu personae* lorsque le cocontractant cédé, le cédant et le cessionnaire consentent tous trois à cette opération.

Deux courants doctrinaux coexistent actuellement en droit belge.

Pour certains auteurs, l'*intuitus personae* constitue parfois un obstacle à la cession parfaite d'un contrat[1641]. Cette opération porte effectivement atteinte aux caractéristiques essentielles des droits ou des obligations du cédant quand ce dernier s'incorpore en leur sein : ainsi V. Withofs écrit-elle que « *Wanneer de persoon van de schuldeiser of de schuldenaar aldus het voorwerp of de oorzaak van de verbintenis bepaalt, resulteert een verandering van de schuldeiser of de schuldenaar tegelijkertijd een wijziging van het voorwerp of de oorzaak van de verbintenis. Doorgaans stelt men dan ook dat dergelijke* intuitu personae*-verbintenissen in beginsel onoverdraagbaar zijn: de overdracht ervan leidt immers tot een dermate fundamentele (zwaarwichtige) wijziging van de verbintenis, dat de verbintenis na de overdracht niet meer dezelfde is* »[1642]. Cependant, lorsque le cédant justifie un *intuitus personae* au sens large, l'intervention du cessionnaire ne modifie pas les caractéristiques essentielles des droits ou des obligations cédés[1643] : un franchiseur peut notamment céder ses contrats de distribution, sans les modifier, dès lors que le cessionnaire présente toutes les qualités requises pour les exécuter[1644].

Toutefois, à l'inverse, une autre partie de la doctrine pense que la considération de la personne n'empêche jamais la cession parfaite d'un contrat. Cette opération peut toujours avoir lieu avec l'accord du cédé, du cédant et du cessionnaire, peu importe l'intensité que l'*intuitus personae* présente *in concreto*[1645] : selon P. Brulez, « *Indien een overeenkomst een intuitu personae-karakter in strikte zin heeft, dan is dat immers omdat de prestatieschuldeiser de prestatieschuldenaar bepaalde unieke menselijke kwaliteiten toedicht. Het betreft een subjectief waardeoordeel. Indien de prestatieschuldeiser vervolgens toestaat dat de prestatieschuldenaar zijn schulden overdraagt, dan is dat omdat die prestatieschuldeiser ervan uitgaat dat de nieuwe prestatieschuldenaar beschikt over gelijkaardige unieke menselijke capaciteiten. Niemand kan zich in de plaats stellen van dat subjectief waardeoordeel* »[1646]. Dans cette logique, il faut admettre

---

[1641] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 284-285, n° 218 ; Ph. MARCHANDISE, « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives – Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Édition du Jeune Barreau, 1991, p. 152. Voy. not., dans le même sens, en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 79, n° 114 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 261, n° 465 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 296-297, n° 431.

[1642] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 120, n° 99.

[1643] *Ibidem*, pp. 122-123, n° 101. Voy., en ce sens, en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 262, n° 462.

[1644] L.-M. AUGAGNEUR, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *J.C.P.*, G, 2005, I, 158, p. 1450, n° 7.

[1645] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, p. 388, n° 429.

[1646] *Ibidem.* Voy. dans un sens similaire en droit français : J. MESTRE et B. FAGES, « Chroniques. Obligations et contrats spéciaux », *RTD. civ.*, 2000, p. 572, n° 7.

qu'un peintre ou un chanteur réputé peut toujours céder son contrat à un autre artiste, sans devoir en conclure un nouveau, à la condition que le cocontractant cédé marque son accord sur l'opération.

271. Balise : maintien des caractéristiques essentielles des droits et des obligations *intuitu personae*. – Selon nous, l'*intuitus personae* constitue un *obstacle relatif* à la cession parfaite d'une convention. Cette opération a pour objectif de transférer le lien unissant le cédant et le cédé vers le cessionnaire tel qu'il existe au moment de leur accord. Elle implique donc le transfert du contrat initial vers le cessionnaire et non le transfert d'un contrat radicalement différent[1647].

1° Ces considérations permettent de baliser les effets de l'*intuitus personae*.

Il nous semble que les parties ne peuvent pas modifier l'objet de leurs droits ou de leurs obligations au point de porter atteinte à leurs caractéristiques essentielles lorsqu'elles s'accordent sur la cession parfaite. Dans ce cas, cette opération ne transfère plus le rapport de base au cessionnaire, mais un rapport doté de nouveaux droits ou de nouvelles obligations ; un tel accord entraine leur novation. De la sorte, la novation des droits ou des obligations principaux emporte la dissolution du contrat de base par *mutuus dissensus* : les cocontractants accomplissent une nouvelle opération juridique, compte tenu du changement radical de l'économie du contrat initial[1648].

En revanche, rien ne s'oppose à ce que les parties à la cession apportent certaines modifications mineures à leurs droits et à leurs obligations *intuitu personae*, à la condition que ces changements n'affectent pas leurs caractéristiques essentielles. De telles modifications constituent d'ailleurs souvent la règle en pratique. Par exemple, une cession de contrat implique parfois d'adapter les adresses de livraison et de facturation à la situation du cessionnaire ; les cocontractants peuvent s'accorder sur le report de l'échéance d'une dette ou encore sur le fait de réduire le montant d'un intérêt dû par le cédant[1649]. Dans cette situation, l'accord du cédé, du cédant et du cessionnaire emporte bien le transfert des droits et des obligations initiaux et donc la cession de la convention de base. Le cessionnaire n'exécute pas un contrat radicalement différent[1650].

2° En pratique, il parait délicat de déterminer quand la cession porte atteinte aux caractéristiques essentielles des droits et des obligations que la convention comporte.

Le simple changement d'objet d'une obligation ne permet pas toujours de trancher cette question[1651]. Dans un arrêt du 7 septembre 1938[1652], concernant la restitution d'un piano loué, la Cour de cassation a effectivement décidé « qu'il ne résulte pas nécessairement du fait de la substitution d'un piano à un autre, qu'un nouveau lien de droit a été créé en remplacement du

---

[1647] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 111, n° 90.

[1648] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 116, n° 94 ; V. WITHOFS, « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, p. 491, n° 14. Voy. not. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 82 ; L. AYNÈS, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », obs. sous Cass. fr. com. 6 mai 1997, *D.*, 1998, Chron., p. 26, n° 9 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 145, n° 159 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 236, n° 342.

[1649] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 413, n° 446.

[1650] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 116, n° 94. Voy. en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 236, n° 342

[1651] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 673, n° 743 ; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 115, n° 94. Voy. en droit français : F. BICHERON, *La dation en paiement*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2006, p. 94, n° 87.

[1652] Cass., 7 septembre 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 287.

premier, en manière telle que le dernier ait cessé de régir les rapports des parties »[1653]. De la sorte, selon la Cour, le changement d'objet d'une obligation n'implique pas nécessairement sa novation.

Une partie de la doctrine suggère alors de fonder la distinction entre la modification et la novation sur l'examen de la volonté des parties : il faut déterminer si un *animus novandi* a motivé leurs intentions lorsqu'elles ont modifié leurs obligations[1654]. Ces auteurs écrivent, à juste titre, que l'intention de nover résulte tacitement de leur volonté quand la modification entraine l'*impossibilité d'exécuter l'obligation initiale en nature*[1655]. En droit français, selon A. Gozhi, « Un objet inutile – celui qui vient d'être substitué – ne peut pas valablement supporter une obligation. […] Par exemple si [un] V.R.P. convient de la délivrance d'une barque à la place du véhicule attendu, l'instrument d'échange que constitue la première convention n'a plus de raison d'être puisqu'elle ne permet plus d'atteindre le but initialement envisagé par les parties. Il y a donc rupture de la relation instrumentale qui lie l'objet à la cause, partant disparition du premier rapport. Ce dernier cède la place à une nouvelle convention conforme aux nouvelles aspirations des parties »[1656].

272. Cessibilité de principe d'un contrat *intuitu personae* au sens large. – Les propos qui précèdent montrent qu'un *intuitus personae* au sens large ne représente pas un obstacle à la cession de la convention lorsque le cédé, le cédant et le cessionnaire y consentent tous les trois.

Une obligation revêt un caractère *intuitu personae* au sens large quand les qualités du débiteur déterminent le consentement de son créancier, sans s'incorporer dans la prestation qu'il doit accomplir ; un droit comporte une telle intensité dès lors que les qualités du créancier déterminent l'engagement de son débiteur, sans s'incorporer dans la prestation que cette partie doit lui fournir[1657] : ainsi le cessionnaire de la convention peut-il exécuter les obligations ou exercer les droits du cédant de façon satisfactoire dans ce cas, à la condition de disposer de qualités équivalentes à celui-ci. Dans cette logique, il apparait que la cession parfaite n'a donc pas pour effet de conclure un contrat radicalement différent, étant donné qu'elle ne porte pas atteinte aux caractéristiques essentielles des droits et des obligations initialement souscrits par le cédant[1658].

Un arrêt de la Cour de cassation française du 6 juin 2000 illustre cette idée dans le cadre d'un contrat conclu par un avocat[1659]. Un client avait tacitement consenti à la cession du contrat en laissant un avocat cessionnaire le représenter lors d'une audience de conciliation. Cependant, le client refusait de payer le cessionnaire, parce qu'il estimait que le caractère *intuitu personae* de la

---

[1653] *Ibidem*.

[1654] L'*animus novandi* consiste en la volonté de remplacer une obligation par une autre avec l'intention d'éteindre la première. Voy. not. à cet égard : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 116-117, n° 95 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 889, n° 957. Voy. en droit français : F. BICHERON, *La dation en paiement*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2006, pp. 93-94, n° 87.

[1655] F. BICHERON, *La dation en paiement*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2006, p. 95, n° 89 ; A. GOZHI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 49-50, n° 108 et p. 52, n° 113.

[1656] A. GOZHI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 32, n° 63.

[1657] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 367, n° 404. Voy. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD. Civ.*, 1945, p. 84, n° II.

[1658] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 121-122, n° 100. Voy. en droit français : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 79, n° 114 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 262, n° 466 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 235-236, n° 342.

[1659] Cass. fr. 1re civ., 6 juin 2000, *D.*, 2001, p. 1345, note D. KRAJESKI.

convention d'honoraires faisait obstacle à sa cession. La Cour de cassation française a rejeté cette prétention. Selon elle, « le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti »[1660]. L'avocat cessionnaire pouvait ainsi réclamer le paiement des honoraires sur la base du contrat initial conclu entre son confrère et le client.

D'autres contrats s'inscrivent dans cette logique. Un dirigeant de société peut céder le cautionnement qu'il a souscrit en garantie des engagements de celle-ci, sans que le cessionnaire doive constituer un nouveau contrat et pour autant que l'établissement de crédit lui donne son accord [1661] : s'il est vrai que la solvabilité et les compétences du dirigeant ont déterminé l'engagement de la banque, cette partie ne se réifie pas dans l'objet des obligations qui découlent du cautionnement[1662]. Cette idée se vérifie aussi pour d'autres contrats tels que ceux de maintenance[1663] ou certaines conventions ressortissant de la distribution commerciale[1664].

273. Incessibilité de principe d'un contrat *intuitu personae* au sens strict. – À notre sens, un *intuitus personae* au sens strict constitue un obstacle à la cession parfaite : l'accord du cédé, du cédant et du cessionnaire entraine normalement la conclusion d'une nouvelle convention.

Un *intuitus personae* au sens strict colore une obligation lorsque le débiteur s'incorpore dans la prestation qu'il doit accomplir ; de même, s'agissant des droits, le créancier justifie ce caractère quand il s'incorpore dans la prestation que le débiteur doit lui fournir. Dans ce cas, un tiers ne peut pas exécuter l'obligation ou exercer le droit de façon satisfactoire sans modifier le contenu que les parties lui ont attribué[1665]. Une cession parfaite dissout alors le contrat initial, car l'accord tripartite porte atteinte aux caractéristiques essentielles des droits ou des obligations de base : le cessionnaire devient titulaire de nouveaux droits ou de nouvelles obligations, de sorte que la cession fait naitre une opération juridique dotée d'une économie radicalement différente[1666].

Il existe peu d'illustrations à ce sujet. Ce constat s'explique sans doute par le fait que les parties concluent d'emblée un nouveau contrat lorsque le rapport de base contient des droits ou des obligations *intuitu personae* au sens strict. Par exemple, un peintre réputé ne pourrait pas céder ses obligations à un autre artiste avec l'accord du client sans réaliser une œuvre radicalement

---

[1660] *Ibidem.*

[1661] O. SALVAT, « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de la caution par un dirigeant de société », *L.P.A.*, 23 décembre 1999, pp. 10 et suivantes, n° 11.

[1662] A. LIMPENS, « Le cautionnement de dettes futures donnerait-il naissance en droit belge à une obligation de couverture ? », obs. sous Mons 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 159-160 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, Kluwer, Ed. Story-Scientia, 1999, pp. 21-22, n° 45.

[1663] L. AYNÈS, « Cession de contrat et *intuitus personae* », obs. sous Cass. fr. com. 7 janvier 1992, *D.*, 1992, somm., p. 278, note. L. AYNÈS.

[1664] M. OUDIN, « La transmission des contrats de distribution », *RTD. Com.*, 2011, pp. 459-460 ; L.-M. AUGAGNEUR, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *J.C.P.*, G, 2005, I, 158, p. 1450, n° 7.

[1665] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 210, n° 252 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 270, n° 934 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28.

[1666] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 123, n° 100. Voy. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 82 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 79, n° 114 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 261, n° 465.

différente et donc sans conclure une nouvelle convention[1667] ; un marchand ou une galerie d'art ne pourrait pas céder le contrat de promotion passé avec un peintre, car sa personnalité justifie souvent un *intuitus personae* au sens strict en pratique. Dans un arrêt du 14 juin 1966[1668], concernant la transmission d'un contrat conclu par un marchand d'art, la Cour d'appel de Paris a décidé que « Les conventions passées entre le peintre et le marchand postulant une *collaboration nécessaire* ont été conclues *intuitu personae* et la disparition de l'un et de l'autre ruine l'économie du contrat et rend son exécution impossible »[1669]. Dans ces contrats, F. Pollaud-Dulian confirme qu'il existe « une personnalisation très nette de la galerie à travers son directeur, dont sa notoriété, les relations personnelles avec l'artiste et le milieu de l'art, ainsi que le savoir-faire sont essentiels dans la relation de confiance qu'il s'agit de développer »[1670]. La cession des obligations du marchand ou de la galerie d'art entraine, en règle, leur extinction et donc la conclusion d'un nouveau contrat.

274. Confirmation de l'effet relatif de l'*intuitus personae* sur la cession parfaite du contrat par les droits néerlandais et suisse. – Les droits néerlandais et suisse connaissent la notion de cession tripartie de contrat. Dans ces ordres juridiques, l'*intuitus personae* ne constitue pas un obstacle absolu à la cession : il en va ainsi si cette opération modifie les droits et les obligations nantis de ce caractère au point qu'ils deviennent objectivement impossibles à exercer ou à exécuter.

1° Selon l'article 6:159, alinéa 1er, du *Burgerlijk Wetboek*, « *Een partij bij een overeenkomst kan haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte* » ; le second alinéa ajoute que « *Hierdoor gaan alle rechten en verplichtingen over op de derde, voor zover niet ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen anders is bepaald* ».

La cession de contrat (« *contratsoverneming* ») représente donc une opération tripartite par laquelle le cédé accepte le transfert des droits et obligations, des droits potestatifs (« *wilsrechten* ») et d'autres droits accessoires (« *nevenrechten* ») du cédant vers le cessionnaire. À l'instar du droit belge, cet accord tripartite peut avoir lieu en un seul temps ou par adhésion ultérieure du cédé[1671].

De la sorte, afin de jauger la cessibilité d'un contrat *intuitu personae*, une partie de la doctrine examine l'impact qu'a la cession sur l'identité de ses obligations (« *behoud van de identiteit* »). Ces conventions ont un caractère incessible lorsque l'accord des parties porte atteinte aux caractéristiques essentielles de leurs obligations : selon S.G. Canes, cette situation se produit quand « *de schuld verknocht is aan de individualiteit van den debiteur, war dus nakoming der prestatie voor ieder ander objectief onmogelijk is* »[1672]. Lorsque le cessionnaire ne peut donc objectivement pas exécuter l'obligation initiale en nature, la cession modifie à ce point la convention qu'elle a pour effet de la dissoudre[1673]. Un contrat doté de services très personnels

[1667] Voy., dans le même sens, s'agissant de la cession d'une convention conclue entre un acteur et un cinéaste : M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 186, n° 134.
[1668] Paris, 14 juin 1966, *Gaz. Pal.*, 1966, 2, jur., p. 265.
[1669] Nous soulignons (*ibidem*).
[1670] F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2ème partie) », *Dr. et Patrimoine*, 2004, n° 123, n° I.A.1°.
[1671] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, deel I, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2009, p. 260, n° 308.
[1672] S.G. CANES, *Schuldoverneming*, Hilversum, De blauewe Werelt, 1903, p. 170.
[1673] *Ibidem*, spéc. p. 171. Voy. également en ce sens : T.J. MELLEMA-KRANENBURG, « Artikel 6 :155 BW », in *Groene Serie. Verbintenissenrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2013, n° 7.

(« *hoogstpersoonlijke dienstverlening* »), c'est-à-dire des obligations reposant sur une forte liberté artistique, créative ou religieuse[1674], ne peut donc pas faire l'objet d'une cession parfaite.

2° Le droit suisse connait des principes similaires.

Dans cet ordre d'idées, il est intéressant de remarquer que le Code suisse des obligations réglemente la cession de dette dans le détail (articles 175 à 183), mais qu'il ne consacre pas une seule disposition à la cession du contrat. Toutefois, à l'instar du droit belge, une partie de la doctrine reconnait l'existence de la cession tripartite, c'est-à-dire parfaite du contrat : aussi une telle convention constitue-t-elle « un rapport de droit tripartite, *sui generis*, dont l'objet est le transfert de la qualité de l'une, voire des deux parties, au contrat originaire »[1675] (« *Vertragsübernahme* »).

Certains auteurs estiment que l'*intuitus personae* ne fait normalement pas obstacle à cette cession tripartite d'une convention, à moins qu'une telle opération porte atteinte à l'identité de ses obligations. Ph. Reymon écrit, à ce sujet, que « La cession présuppose […] que le contrat cédé soit maintenu dans son intégrité, conformément au principe d'identité »[1676] (« *Grundsatz der Identität* »). Toute atteinte à ce principe se comprend à la lumière de l'article 68 du Code des obligations qui prescrit l'exécution personnelle du débiteur[1677]. De la sorte, l'*intuitus personae* s'oppose à la cession projetée par les cocontractants quand le contrat contient des prestations dites très hautement personnelles (« *höchstpersönliche Leistungsplicht* »), que le cessionnaire ne peut accomplir à la place du sortant – c'est-à-dire du cédant – sans en modifier le contenu initial[1678].

§3. – Conclusion intermédiaire

275. Effets de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite du contrat. – Selon les principes de l'article 1237 du Code civil, le cocontractant cédé peut s'opposer à la cession imparfaite du contrat lorsqu'il a concrètement un intérêt à l'exécution personnelle du cédant (*supra*, n° 258).

Tout d'abord, le cédant justifie parfois le caractère *intuitu personae* au sens strict de ses obligations. L'examen des clauses du contrat, des particularités de l'objet des obligations ou de la

---

[1674] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 157, n° 203 ; T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 110-111, nos 122-123 ; D. HAAS, « De aard van de verbintenis tot persoonlijke dienstverlening: minder bijzonder dan gedacht », *R.M. Themis*, 2010, p. 162, n° 2.

[1675] Ph. REYMOND, *La cession des contrats*, Lausanne – Paris, Cedidac – Litec, 1989, p. 45. Voy. également : Th. PROBST, *Commentaire romand. Code des obligations I*, L. THÉVENOZ et F. WERRO (éds.), Genève – Bâle – Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 940, n° 18.

[1676] P.G. FAVRE, *Le transfert conventionnel de contrat*, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2005, p. 543.

[1677] Voy. not. : P.G. FAVRE, *Le transfert conventionnel de contrat*, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2005, p. 543 ; Ph. REYMOND, *La cession des contrats*, Lausanne – Paris, Cedidac – Litec, 1989, p. 55. Le principe d'identité ne concerne pas uniquement la cession de contrat et de dette. Certains auteurs l'emploient aussi dans le cadre de la cession de créance. Voy. not.à ce sujet : P. GAUCH et W. SCHLUEP, *Allgemeiner Tell*, Band II, in *Schweizerisches Obligationenrecht*, 10e éd., par S. EMMENEGGER, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2014, p. 283, n° 3474.

[1678] P. GAUCH et M. SCHRANER, *Obligationenrecht. Der Erfüllung der Obligationen. Art. 68-83 OR*, vol. 1e, 3e éd., in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, Zürich, Schulthess, 1991, p. 34, n° 29 ; U. LEU, *Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 6e éd., in *Basler Kommentar*, H. HONSELL, N.P. VOGT et W. WIEGAND (éds.), Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 510, n° 3 ; R.H. WEBER, *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Erfüllung der Obligation. Art. 68-96 OR*, t. 1.4, 2e éd., in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, vol. VI, H. HAUSHEER (éd.), Berne, Stämpfli Verlag, 2005, pp. 68-69, n° 24.

relation existant entre le cédé et le cédant s'impose afin d'arriver à cette conclusion. Dans cette situation, la partie cédée peut invoquer l'article 1237 du Code civil pour faire obstacle à l'intervention du cessionnaire et pour réclamer l'exécution personnelle du cédant. Tel est le cas lorsqu'un mannequin, un chanteur ou un acteur se confond avec l'objet de ses obligations. En outre, dans d'autres circonstances, il arrive que le cédant justifie un *intuitus personae* au sens large : rien ne s'oppose alors à ce qu'un cessionnaire exécute ses obligations, à la condition qu'il dispose d'un pouvoir libératoire équivalent, c'est-à-dire des qualités similaires aux siennes. Cette idée se rencontre notamment dans certains contrats de distribution commerciale (*supra*, n^{os} 259-260).

Ces principes s'appliquent également aux droits issus de la convention. Le cédé peut s'opposer à la cession imparfaite dès lors que le cédant s'incorpore dans le contenu de la prestation qu'il doit lui fournir : ainsi est-il admis qu'un crédité ne peut pas céder son ouverture de crédit, parce qu'il se réifie dans son droit de faire appel aux fonds mis à sa disposition par la banque. Par ailleurs, dans un autre sens, le cédant justifie parfois le caractère *intuitus personae* au sens large de ses droits : un cessionnaire doté des qualités interchangeables à celles du cédant peut exercer les prérogatives présentes dans le contrat, sans que le cédé ait alors un intérêt à leur exercice personnel. Cette idée s'observe, par exemple, dans certaines licences de brevet (*supra*, n^{os} 261-262).

276. Effets de l'*intuitus personae* dans la cession parfaite du contrat. – En pratique, le cocontractant cédé peut refuser de conclure une cession parfaite de contrat comme il peut donner son accord à cette opération. Les effets de l'*intuitus personae* varient dans les deux cas.

La liberté contractuelle suppose que tout sujet de droit bénéficie de la liberté de contracter et de celle de ne pas contracter. En principe, le cocontractant cédé peut donc refuser d'agréer le cessionnaire. Toutefois, aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'exercice de cette liberté reste soumis au principe général de l'interdiction de l'abus de droit. Un refus d'agrément présente un caractère abusif dès lors que le cédé n'a aucun intérêt à refuser de contracter avec un cessionnaire nanti de qualités équivalentes à celles du cédant. Dans des circonstances exceptionnelles, il nous semble qu'un abus de droit se conçoit pour les conventions fondées sur une forte dose de subjectivité : il en va ainsi quand le cédé détourne le refus d'agrément de sa finalité initiale ou lorsqu'il l'exerce avec l'intention exclusive de nuire (*supra*, n^{os} 264-268).

Enfin, la considération de la personne ne constitue qu'un obstacle relatif quand le cédant, le cessionnaire et le cédé s'accordent tous les trois sur la cession. Tout dépend de l'intensité que revêt concrètement ce caractère. *Primo*, un *intuitus personae* au sens strict fait obstacle au transfert du rapport initial du cédant vers le cessionnaire : si ce dernier ne peut pas exécuter les obligations ou exercer les droits du cédant de façon satisfactoire, la cession porte donc atteinte à leurs caractéristiques essentielles. Dans ce cas, l'accord tripartite entraine la novation des droits ou des obligations et donc la dissolution du contrat de base par *mutuus dissensus*. Un peintre réputé ne pourrait pas céder la réalisation d'une œuvre à un autre artiste sans conclure un contrat radicalement différent. *Secundo*, à l'inverse, un *intuitus personae* au sens large n'interdit pas la cession parfaite : le cessionnaire peut exécuter les obligations ou exercer les droits du cédant de façon satisfactoire sans en modifier le contenu. Un avocat peut céder ses droits et ses obligations à un confrère avec l'accord du client, sans qu'il faille conclure à l'extinction du contrat de base (*supra*, n^{os} 269-274).

Conclusion du chapitre

277. Incessibilité du contrat *intuitu personae* classiquement considérée comme la règle. – Le concept de cession du contrat fait l'objet de trois acceptions différentes en droit belge.

Une partie de la doctrine limite cette opération à une cession de créance à laquelle s'ajoute une cession de dette. De son côté, la Cour de cassation a consacré l'existence de la cession imparfaite du contrat : cette dernière implique la cession des droits et des obligations sans décharge du cédant. Une cession parfaite existe aussi quand le cédant, le cessionnaire et le cédé s'accordent sur le transfert du contenu obligationnel, du contenu normatif et des droits potestatifs du cédant vers le cessionnaire. Dans cette logique, il est classiquement admis que la nature d'un contrat *intuitu personae* le rend toujours incessible sans l'accord du cocontractant cédé : si la partie à la base de ce caractère pouvait céder son contrat, elle ne pourrait plus l'exécuter personnellement. Cette opinion correspond à l'approche conceptuelle des effets de l'*intuitus personae* (*supra*, n° 252).

Nous avons proposé deux pistes de réflexion pour améliorer cette approche. En effet, à l'heure actuelle, le législateur organise la cession de contrats *intuitu personae* sans requérir l'autorisation de la partie cédée : ces régimes particuliers montrent que ce caractère évolue et, de la sorte, qu'il ne s'oppose pas toujours à une telle opération. Dans le même sens, la considération de la personne ne constitue un obstacle à la cession imparfaite du contrat que lorsque le cédé dispose *in concreto* d'un intérêt à ce que le cédant exécute personnellement ses obligations ou ses droits. Enfin, s'agissant de la cession parfaite, l'accord du cocontractant cédé représente toujours une condition de validité de cette opération : d'un côté, l'*intuitus personae* détermine alors la marge d'appréciation dont le cédé dispose afin de refuser d'agréer le candidat-cessionnaire ; un *intuitus personae* de haute intensité fait obstacle, d'un autre côté, au transfert du rapport initial du cédant vers le cessionnaire même lorsque toutes les parties consentent à la cession (*supra*, n° 253).

En conclusion, compte tenu de ces propos, nous pensons qu'il est utile d'opter pour une approche plus concrète des effets de l'*intuitus personae* dans le domaine de la cession de contrat : il faut tenir compte des variations d'intensité et de nature qui affectent ce caractère afin de déterminer quand il s'oppose à la cession parfaite ou imparfaite d'un contrat (*supra*, n° 254).

278. Effets de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite et parfaite du contrat. – Les effets de l'*intuitus personae* varient dans la cession imparfaite et parfaite du contrat. Toutefois, dans tous les cas, ce concept n'est qu'un obstacle relatif à réalisation de l'opération envisagée.

Tout d'abord, en vertu de l'article 1237 du Code civil, le cocontractant cédé peut s'opposer à une cession imparfaite s'il dispose *in concreto* d'un intérêt à l'exécution personnelle des obligations du cédant. Il arrive effectivement que ce dernier justifie un *intuitus personae* au sens strict et qu'il s'incorpore donc dans la prestation qui lui incombe. Par ailleurs, en présence d'un *intuitus personae* au sens large du terme, le cédé peut s'opposer à l'intervention du cessionnaire s'il parvient à démontrer que ce tiers ne présente pas les qualités requises afin d'exécuter les obligations du cédant de façon satisfactoire. Ce raisonnement vaut aussi pour les droits issus du contrat. Dans ce cadre, le cédé a un intérêt à l'exercice personnel d'un droit lorsque le cédant justifie son caractère *intuitu personae* au sens strict ou quand le cessionnaire ne possède pas les qualités nécessaires pour exercer une prérogative *intuitu personae* au sens large (*supra*, n° 275).

En principe, lors d'une cession parfaite de contrat, le cédé reste libre de refuser l'agrément du cessionnaire. Toutefois, l'exercice de cette liberté reste soumis à l'interdiction de l'abus de droit.

Il est alors vrai que les juridictions sanctionnent plus facilement un refus émis sans intérêt ou de façon disproportionnée à partir du moment où le cessionnaire répond à toutes les conditions objectives du contrat de base. En revanche, si la convention repose sur une forte dose de confiance, les magistrats peuvent uniquement utiliser leur pouvoir modérateur dans des circonstances exceptionnelles : ainsi en est-il si le cédé détourne la liberté d'agrément de sa finalité économique ou sociale initiale ; tel est également le cas lorsque le cédé exerce cette liberté avec l'unique objectif de nuire au cédant ou au cessionnaire. Enfin, il arrive que le cédé, le cédant et le cessionnaire donnent leur accord à la cession parfaite du contrat. Seul un *intuitus personae* au sens strict s'oppose alors à sa réalisation, puisque le cessionnaire ne peut pas exercer les droits ou exécuter les obligations du cédant de façon satisfactoire. Dans ce cas, la cession atteint les caractéristiques essentielles des droits ou des obligations de base : elle entraine leur novation et, de ce fait, la dissolution du contrat initial au profit d'un nouveau radicalement différent (*supra*, n° 276).

Conclusion du titre II

279. Axes d'amélioration de l'approche conceptuelle et appréciation concrète de l'intensité de l'*intuitus personae*. – En résumé, au sein de ce titre, nous avons vu que l'intensité de l'*intuitus personae* ne constituait pas toujours un bloc monolithique : la portée de ce caractère s'apprécie concrètement, c'est-à-dire à la lumière des circonstances de chaque espèce. Pour synthétiser cette idée, nous rappellerons les axes d'amélioration de l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae* dans le domaine du principe de l'exécution personnelle et dans celui de la cession du contrat (**§1er**). Ensuite, nous verrons les bases de l'approche concrète de l'intensité de ce caractère (**§2**).

§1er. – Réflexions sur l'approche conceptuelle de l'exécution et de la cession du contrat intuitu personae

280. Synthèse du premier axe d'amélioration : relativité des effets de l'*intuitus personae*. – En droit belge, il est généralement admis que la nature d'un contrat *intuitu personae* impose à son débiteur de l'exécuter personnellement (*supra*, n° 177) ; de même, la cession d'une telle convention ne se concevrait jamais en l'absence de l'autorisation du cocontractant cédé (*supra*, n° 242).

Cette approche se rencontre parfois en pratique : ainsi un chanteur célèbre ne peut-il pas céder ses obligations ni demander à un tiers de les exécuter[1679]. Toutefois, afin d'améliorer ce point de vue, certains auteurs soulignent que l'*intuitus personae* revêt surtout un caractère *relatif*.

Selon P. Wéry, la conception classique est « de plus en plus remis[e] en cause. L'*intuitus personae* est loin de constituer une notion homogène de laquelle il serait possible de déduire, de manière mécanique et invariable, une série de conséquences »[1680]. Dans le même ordre d'idées, A. Richard écrit que cette vision des effets de l'*intuitus personae* « est critiquable, dans la mesure où le législateur fait, dans l'article 1237 du Code civil, de l'intérêt à l'exécution personnelle du débiteur une condition autonome qui ne dépend pas de la nature de l'obligation, qui ne se déduit pas *in abstracto* du caractère *intuitu personae* de la convention. Le créancier a intérêt à ce que l'auteur du paiement soit le débiteur "lorsque le fait qui est l'objet de l'obligation se trouve de telle nature qu'il importe au créancier par qui la chose soit faite". Il est nécessaire, par conséquent, d'analyser l'objet de l'obligation *in concreto*, de manière à déterminer objectivement si le créancier a intérêt à ce que l'obligation soit exécutée par le débiteur »[1681] (*supra*, n° 180).

D'autres auteurs ont rallié ces propos au sujet de la cession du contrat. Par exemple, afin de déterminer si l'*intuitus personae* s'oppose à une cession imparfaite, Ph. Le Tourneau et D. Krajeski pensent qu'il faut distinguer deux situations : « Dans la première, la personne est soit l'objet, soit la cause du contrat. L'*intuitu personae* étant intégré à la structure du contrat, la substitution de

---

[1679] Voy. sur cet exemple classique : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 432, n° 460*bis*. Voy. également sur cet exemple en droit français : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1370, n° 1317 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8e éd., Paris, Sirey, 2013, p. 97, n° 103 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 596, n° 542 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, p. 53, n° 73, spéc. note 200 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 652, n° 403.

[1680] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 73, n° 16.

[1681] A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 88, n° 106.

personne est d'office prohibée car un tel changement ruinerait le contrat […] Dans la seconde, la considération de la personne ne sert qu'à assurer la réalité ou la qualité de l'exécution. L'incessibilité n'est plus de principe : le créancier peut invoquer l'*intuitu personae* si tel est son intérêt (selon la formule du *C. civ., art. 1237*), mais cesse de pouvoir le faire lorsque le débiteur lui fournit une garantie de la réalité ou de la qualité de l'exécution, puisqu'en ce cas "l'identité du contrat" est maintenue »[1682] ; de même, pour V. Withofs, l'*intuitus personae* ne s'oppose à une cession parfaite que « *Wanneer de persoon van de medecontractant daartegen wél essentieel is, bijvoorbeeld in een overeenkomst met een sterk* intuitu personae*-karakter, is een verandering van contractspartij onmogelijk, omdat de overeenkomst dan zelf een verregaande wijziging ondergaat. Zij verliest met andere worden haar identiteit. Dat was overigens ook de conclusie van de auteurs die elke overeenkomst sterk subjectief opvatten* »[1683] (*supra*, n[os] 250 et 251).

281. Synthèse du deuxième axe d'amélioration : appréciation de l'intensité de l'*intuitus personae* à l'échelle de l'obligation, de la prestation et du droit. – La doctrine belge appréhende classiquement les conséquences de l'*intuitus personae* au niveau du contrat : si cette approche présente de l'intérêt, la considération de la personne se comprend aussi à une échelle *plus étroite*.

Toutes les *obligations* ne comportent pas la même dose d'*intuitus personae*[1684]. Par exemple, un emprunteur à titre gratuit doit conserver la chose prêtée en personne, mais il peut la faire restituer par un tiers ; si un architecte réputé doit exécuter personnellement son obligation d'établissement des plans, il peut déléguer celle de vérification du décompte final du coût des travaux à un collaborateur. Aussi F. Millet a-t-elle écrit, à juste titre, qu'il faut donc « partir du contenu de l'obligation litigieuse pour déterminer si le créancier peut se prévaloir, *in casu*, d'un intérêt à l'exécution personnelle, plutôt que de déduire systématiquement celui-ci de l'*intuitus personae* ayant présidé à la conclusion du contrat tout entier »[1685] (*supra*, n[os] 181 et 201).

Une obligation impose parfois au débiteur d'accomplir plusieurs *prestations*. Dans cette situation, nous pensons que l'intensité de la considération de la personne varie d'une prestation à une autre. Un chirurgien peut notamment déléguer les actes préparatoires d'une opération complexe, à la condition qu'il intervienne personnellement pour les actes essentiels. C'est pour cela que H. De Page affirme que « La part d'intervention des agents d'exécution subit un refoulement considérable lorsque *l'obligation* doit être considérée comme *intuitu personae*. Elle n'est pas complètement proscrite. Un chirurgien, un avocat peuvent se faire aider d'assistants, de stagiaires, de collaborateurs. Mais ils doivent conserver une part prépondérante et assumer une intervention effective et *dominante dans l'exécution de l'obligation*, la partie matérielle ou préparatoire de l'œuvre étant, seule, abandonnée aux agents d'exécution »[1686] (*supra*, n° 201).

Enfin, certains *droits* comportent un *intuitus personae* qui exclut l'intervention d'un tiers. Un donateur peut exiger du donataire qu'il réceptionne en personne la libéralité qu'il lui a consentie. Cette idée se vérifie aussi pour des ouvertures de crédit accordées à des

---

[1682] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79.

[1683] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 283, n° 216.

[1684] C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 25, n° 12. Voy. not. en droit français : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 7-8, n° 11.

[1685] F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 4.

[1686] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 405, n° 408.

professionnels[1687], pour les contrats d'assurance de responsabilité professionnelle ou d'assurance-crédit[1688] ou pour certaines licences complexes[1689]. D'autres droits présentent un *intuitus personae* de plus faible intensité : il en va ainsi, par exemple, lorsque la solvabilité et les compétences d'une société titulaire d'un brevet sur un logiciel ont déterminé le consentement de son donneur de licence. Dans ce cas, en l'absence de clause contractuelle contraire, la cession d'un tel droit reste envisageable à une personne morale dotée de ces qualités équivalentes[1690] (*supra,* n^{os} 229 et 262).

§2. – Bases des variations d'intensité de l'intuitus personae

282. Approche concrète de l'intensité de l'*intuitus personae*. – Compte tenu de ces différentes pistes de réflexion, nous pensons qu'il y a lieu d'apprécier concrètement l'intensité de l'*intuitus personae* dans le cadre de l'exécution et de la cession de la convention (*supra,* n^{os} 191 et 258).

1° Il existe ainsi un *intuitus personae* de haute intensité, c'est-à-dire au sens strict.

Il s'agit d'abord du cas lorsque le *débiteur* s'incorpore dans le contenu de son obligation : seule cette partie peut exécuter l'obligation de façon satisfactoire, c'est-à-dire selon sa formulation de base ; un tiers modifie la teneur de cette obligation, à l'inverse, quand il l'exécute à la place du débiteur initial[1691]. Par exemple, un peintre réputé s'incorpore dans la toile qu'il doit réaliser pour son client, de sorte qu'il ne peut pas céder son contrat ou demander à un tiers de l'exécuter.

Dans le même sens, les qualités du *créancier* peuvent s'incorporer dans la prestation que son débiteur doit lui fournir, au point que ce dernier ne peut pas imaginer qu'un tiers exerce le droit ou reçoive le paiement à la place de son bénéficiaire. Un crédité professionnel justifie le caractère *intuitu personae* au sens strict de son droit de faire appel au crédit, puisque ses qualités définissent l'ampleur et les modalités de l'obligation de mise à disposition des fonds de la banque[1692].

2° Il y a place pour un *intuitus personae* de faible intensité, c'est-à-dire au sens large.

Ce principe se conçoit quand les qualités du *débiteur* déterminent l'engagement du créancier, sans s'incorporer dans la prestation qu'il doit remplir ; un tiers nanti de qualités équivalentes peut, en principe, payer de façon satisfactoire à sa place. Dans un contrat de maintenance, si la considération de la personne repose sur un agrément ou une certification, un

---

[1687] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 196, n° 15

[1688] Voy. sur la portée de l'*intuitus personae* dans les contrats d'assurance de responsabilité professionnelle et dans les contrats d'assurance-crédit : M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482 ; P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, p. 6.

[1689] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.

[1690] Voy. not. à ce sujet : M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306 ; Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 108, n° 226.

[1691] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 577, n° 632 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; Voy. not. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 270, n° 934 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28 ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 24.

[1692] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 196, n° 15.

tiers doté de cette qualité interchangeable peut s'acquitter des obligations du prestataire initial. Ce dernier ne constitue alors qu'une simple garantie de la bonne exécution de ses obligations[1693].

Dans cette logique, les qualités du *créancier* peuvent déterminer le débiteur à s'engager, sans s'incorporer dans la prestation que cette partie doit lui fournir. Le droit comporte alors un *intuitus personae* au sens large, qui ne fait pas toujours obstacle à son exercice par un tiers. La cession des droits issus d'un contrat de licence de brevet sur un logiciel illustre cette idée[1694].

283. Synthèse des outils interprétatifs de l'approche concrète de l'intensité de l'*intuitus personae*. – La portée de l'*intuitus personae* se caractérise au regard de la volonté des parties telle qu'elle ressort de leurs clauses contractuelles, des particularités concrètes de l'objet de leurs obligations, de la finalité contractuelle qu'elles poursuivent et, enfin, des particularités de leur relation. En outre, dans d'autres situations, il nous semble que la référence à la nature abstraite d'une prestation, à certaines dispositions légales, à certaines dispositions déontologiques ou encore à un usage s'impose pour déterminer l'intensité de l'*intuitus personae* (*supra*, n[os] 233 et 278).

1° L'examen de la *volonté expresse ou tacite* des parties représente le point de départ.

En pratique, une clause peut ainsi prévoir « qu'en raison du caractère *intuitu personae* du contrat, le Prestataire ne peut sous-traiter tout ou partie de sa mission ou de son exécution à un tiers sans l'accord préalable et écrit du maitre de l'ouvrage »[1695] ; les cocontractants peuvent atténuer les effets de ce caractère, en écrivant que « Les obligations du présent contrat ne sont pas cessibles à un tiers. Ne sera pas considérée comme tiers toute société, soit qui posséderait des liens de filiation d'au moins 50% du capital, soit à qui la partie au présent contrat projetant de céder ses obligations ferait apport de l'intégralité de son activité 'X' »[1696] (*supra*, n[os] 188 et 257).

L'examen du comportement des parties s'impose aussi dans chaque espèce afin de statuer sur l'intensité de l'*intuitus personae* : les actes de l'une d'elles montrent parfois qu'elle marque tacitement son accord au remplacement de l'autre. Par exemple, un employeur donne tacitement son accord au remplacement ponctuel d'un travailleur dès lors qu'il accepte de collaborer avec son substitut pendant plusieurs années sans émettre la moindre objection[1697] (*supra*, n° 206).

2° Dans maintes circonstances, la référence aux *particularités concrètes de l'objet d'une obligation* permet de préciser la dose de considération de la personne qu'elle comporte[1698].

Le haut degré de complexité d'une prestation peut effectivement signifier que le créancier a choisi un débiteur doté de qualités bien spécifiques, qui s'incorporent dans le contenu de son obligation. Il existe alors un *intuitus personae* au sens strict du terme. Une société de publicité ne

---

[1693] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401.

[1694] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.

[1695] P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3[e] éd., Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2005, p. 478, n° 1239.

[1696] N. CARETTE et V. WITHOFS, « Clausules tot overdracht van schulden », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, p. 750.

[1697] C.T. Mons, 10 août 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 343.

[1698] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 369, n° 406 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.

peut pas céder son contrat quand les qualités artistiques ou techniques de ses employés présentent un caractère à ce point spécifique qu'elles s'incorporent dans la prestation que cette personne morale doit accomplir pour son client[1699] ; de même, un chirurgien se réifie dans le contenu de son obligation lorsqu'il accepte de se charger d'une opération très complexe (*supra*, n[os] 199 et 259).

En revanche, le faible degré de complexité d'une prestation peut signifier que le créancier n'a pas d'objection au paiement par un tiers ou à la cession : si un client confie un dossier de récupération de créance faisant déjà l'objet d'une facture à un avocat, il ne verra sans doute pas d'objection à ce que le *dominus litis* se fasse remplacer par un collaborateur interne ou externe pour rédiger un projet de citation ; la personnalité d'un agent immobilier importe peu lorsque son client le charge de conclure la vente d'une maison sans aucune particularité (*supra*, n[os] 199 et 212).

3° Le cas échéant, en complément de l'interprétation de l'objet, l'examen de *la finalité contractuelle* peut affiner les contours d'une obligation et donc de l'*intuitus personae*. Ce dernier revêt plus facilement un sens strict quand une partie contracte avec un débiteur doté d'une réputation ou d'une notoriété particulière dans son domaine d'activité. Par exemple, une société s'incorpore dans son obligation dès lors qu'elle accepte d'organiser une manifestation professionnelle dont le succès dépend de sa notoriété dans ce secteur[1700] ; la réputation d'un expert en art se projettera dans l'objet de ses obligations lorsque son cocontractant lui demande de le représenter pour l'achat et l'expertise d'œuvres rares et anciennes (*supra*, n[os] 200 et 212).

4° De surcroit, il convient de se référer aux *particularités de la relation* des parties.

Il arrive qu'une partie cherche à entrer en relation avec un cocontractant doté d'une moralité ou d'une honorabilité particulière. Une fabrique d'église peut requérir de son architecte qu'il ait une moralité exemplaire lorsque sa mission l'oblige à rénover un monument religieux et à collaborer avec de multiples autorités cléricales[1701] ; l'honorabilité financière d'un agent commercial peut également constituer un élément déterminant pour une banque[1702]. Dans les deux cas, à défaut de clause contractuelle contraire, la confiance ne nous parait pas faire obstacle au paiement par un agent d'exécution ou par un cessionnaire, à la condition que ces tiers présentent des garanties de moralité ou d'honorabilité équivalentes à celles du débiteur initial (*supra*, n° 202).

Toutefois, dans d'autres circonstances, il apparait que la confiance – ou l'affection – comporte une intensité telle qu'elle justifie le caractère *intuitu personae* strict des droits ou des obligations : ainsi en est-il à partir du moment où l'exécution des obligations suppose la collaboration étroite des parties. Par exemple, un distributeur de produits exceptionnels justifie un tel *intuitus personae* lorsqu'il collabore avec son fournisseur au point de faire partie du produit vendu, comme pour la haute horlogerie[1703] ; l'associé d'une association de fait ou d'une société simple ne peut pas, en règle, déléguer durablement ou céder son pouvoir de gestion à un tiers sans l'accord de tous les associés avec qui il collabore au quotidien[1704] (*supra*, n[os] 202 et 213).

[1699] Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.
[1700] Paris, 3 novembre 1994, *D.*, 1996, somm., p. 115, obs. D. MAZEAUD.
[1701] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.
[1702] Anvers, 7 janvier 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 233.
[1703] Voy. sur l'intensité de l'*intuitus personae* dans les contrats de distribution de haute horlogerie : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 68, n° 70.
[1704] Voy. not. dans un sens similaire : H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers – Cambrigde, Intersentia, 2012, pp. 248-249, n° 457 ; L. WALLEMACQ, *Traité et formulaire des associations momentanées et en participation*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 96, n° 42.

5° Le recours à des *modes objectifs d'interprétation de la volonté* des parties s'impose parfois en pratique : la nature abstraite des obligations d'un cocontractant, une disposition légale, déontologique, un principe de bonne conduite ou encore un usage précise parfois le degré d'implication personnelle qu'un créancier peut normalement attendre de son débiteur.

Tout d'abord, la fongibilité naturelle d'une obligation de *dare* exclut un *intuitus personae* de haute intensité : un tiers peut toujours exécuter une telle obligation à la place du débiteur sans en modifier le contenu de base. Si une personne rembourse une partie du crédit dû par son ami, elle n'altère pas la dette due par le débiteur initial. Cependant, à l'inverse, le débiteur constitue nécessairement la condition *sine qua non* du paiement satisfactoire d'une obligation dont l'objet porte sur son corps ou sur son image. Par exemple, il en va ainsi à partir du moment où l'image d'un mannequin, d'un chanteur ou d'un acteur forme l'objet d'une obligation[1705] (*supra*, n° 198).

Certaines dispositions légales imposent au débiteur de s'exécuter en personne ou, au contraire, l'autorisent à se substituer autrui lors de l'exécution de sa mission. Par exemple, l'article X.5 du Code de droit économique énonce que « Sauf stipulation contraire, l'agent commercial peut, pour l'exécution de sa mission, recourir à des sous-agents rémunérés par lui et agissant sous sa responsabilité, et dont il devient le commettant » ; l'article 35, c), du Code de déontologie médicale indique aussi que « Le médecin se fait assister par les collaborateurs infirmiers, paramédicaux, techniques et sociaux, requis par l'état du patient ». De même, il est admis qu'un principe de bonne conduite autorise les architectes à déléguer l'exécution de certaines obligations à un agent d'exécution spécialisé en raison des limites de leur compétence[1706] (*supra*, n^os^ 206 et 207).

Enfin, les usages aident également à définir le degré d'*intuitus personae* présent dans certaines conventions. Dans cette logique, les articles VI.37, §2, alinéa 2 et XIV.18, §2, alinéa 2, du Code de droit économique prévoient qu'un contrat conclu par un consommateur s'interprète en fonction des pratiques professionnelles de l'entreprise ou du titulaire de profession libérale concerné. Dès lors, à notre sens, l'examen de la manière dont le débiteur exécute habituellement son art aide à cerner le degré d'implication personnelle que le créancier peut attendre de lui : le client d'un avocat officiant au sein d'une large association peut normalement s'attendre à ce que le *dominus litis* délègue la gestion d'un dossier à un collaborateur interne[1707] (*supra*, n° 208).

284. Confirmation des variations d'intensité de l'*intuitus personae* par la théorie des contrats relationnels (« *relational contracts* »). – Un bref aperçu de la théorie des *contrats relationnels* confirme l'existence de variations d'intensité au sein des relations contractuelles. En effet, en droit américain, I.R. Macneil a revu l'approche impersonnelle classiquement réservée au contrat : selon lui, si certaines conventions se réduisent à un simple échange désincarné, d'autres contrats constituent l'occasion de développer une relation très prononcée entre les parties[1708].

[1705] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553 ; M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, p. 175, n° 286 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 125-126, n° 129.

[1706] Cass., 3 mars 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 176, spéc. pp. 178-179, note M. VANWIJCK-ALEXANDRE.

[1707] J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 mars 1989, *J.T.*, 1989, p. 384.

[1708] Voy. not. au sujet de la théorie des contrats relationnels : I.R. MACNEIL, « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw. U. L. Rev.*, 1999-2000, pp. 877-908 ; I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, pp. 691-816. Voy. not. sur la réception de cette théorie et sur sa comparaison avec l'*intuitus personae* : C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, pp. 344-363, n^os^ 380-412 ; V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, Thèse, Montpellier 1, 2006, pp. 324-352, n^os^ 543-589 ; C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2005, pp. 188-195, n^os^ 246-265.

1° Cet auteur explique ces variations sur la base de deux extrêmes.

Tout d'abord, certains contrats présentent un caractère purement *transactionnel* (« *nonprimary relations* »), dans la mesure où leur exécution n'implique qu'une transaction discrète (« *discrete transaction* »)[1709]. Tel est le cas lorsque l'échange ne s'inscrit pas dans la durée et que les cocontractants n'ont donc qu'à l'exécuter conformément à leurs promesses initiales[1710]. Ainsi I.R. Macneil illustre-t-il cette idée par le biais de l'achat d'essence sur une autoroute : « *The gas purchase is a transactional event in the sense that, except for the expectation of the driver that the station would have gasoline available and the expectation of the station that any driver stopping would have some means of paying, the exchange has no past. There are no precedent relations between the parties. Nor will there be any future relations between the parties* »[1711].

Ensuite, à l'autre côté du spectre, il arrive que certaines conventions aient un aspect *relationnel* très prononcé (« *primary relations* »), parce que leur exécution suppose une forte coopération entre les parties et qu'elle s'inscrit normalement dans la durée[1712]. Les contrats d'emploi et de mariage fournissent un exemple pour ces propos[1713]. Dans cette perspective, I.R. Macneil admet qu'une partie peut conclure un tel contrat pour l'échange, mais surtout « *because such relation contribute to personal development, security and well-being. In the primary relation the individual is accepted for himself and not merely as a means to practical objectives* »[1714].

Ces deux situations constituent les extrémités d'un axe destiné à mesurer le caractère impersonnel ou relationnel d'une convention. Cet axe se compose de douze critères parfois précis ou très généraux : la durée de la relation, la nécessité d'une coopération, le caractère interchangeable des cocontractants, le nombre de parties ou encore la répartition des bénéfices et des charges entrent notamment dans cette liste de critères[1715]. Dans ce cadre, afin de déterminer si un contrat contient un aspect impersonnel ou relationnel, il convient de l'étudier à la lumière de chaque critère et de réaliser ensuite un bilan. Selon certains auteurs, une convention d'abonnement se range normalement dans la catégorie des contrats impersonnels[1716] ; un contrat de *babysitting*, un contrat de concession ou de franchise sont, à l'inverse, plutôt des contrats relationnels[1717].

2° Dans ce cadre, il apparait que la théorie des contrats relationnels ne se limite pas à une approche purement descriptive : elle possède aussi une composante normative.

En effet, les parties à une telle convention doivent apprendre à se connaitre, à se faire confiance et à répondre à leurs attentes réciproques. Leur relation obéit donc à certaines normes comportementales particulières[1718]. S'agissant des contrats de longue durée, C. Delforge écrit que « La mise en évidence de cette dimension peut en effet être rapprochée de la tendance

---

[1709] I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », *S. Cal. L. Rev.*, 1973-1974, pp. 720-721.
[1710] *Ibidem*.
[1711] *Ibidem*, p. 720.
[1712] *Ibidem*, p. 722.
[1713] *Ibidem*.
[1714] *Ibidem*.
[1715] Voy. pour la description complète de ces critères : I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », *S. Cal. L. Rev.*, 1973-1974, pp. 744-805. Voy. pour une description et une critique en droit français : V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, Thèse, Montpellier 1, 2006, pp. 329 et suivantes.
[1716] V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, Thèse, Montpellier 1, 2006, p. 331, n° 554 ; C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2005, p. 159, n° 203.
[1717] V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, Thèse, Montpellier 1, 2006, p. 332, n° 558 et p. 334, n° 560.
[1718] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, pp. 350-351, n° 390.

jurisprudentielle qui tend à reconnaitre des devoirs comportementaux additionnels ou à diminuer le seuil de l'abus de droit dans certains contrats, parmi lesquels les contrats à long terme »[1719].

Le renforcement de devoirs comportementaux s'applique à plusieurs conventions *intuitu personae* qui reposent sur une collaboration étroite, c'est-à-dire sur un haut degré de confiance ou d'affection. La distribution commerciale l'illustre. Dans ce domaine, certains auteurs pensent que le devoir de bonne foi revêt parfois une intensité particulière : aussi peut-il impliquer, selon P. Kileste et C. Staudt, « un *devoir de collaboration loyale* à l'exécution du contrat par les parties qui requiert que le créancier d'une obligation s'abstienne de tout acte ou omission qui pourrait avoir pour objet ou pour conséquence soit de priver l'autre partie des avantages normaux découlant du contrat, soit d'aggraver les charges en résultant, en rendant plus lourde ou plus onéreuse la situation du débiteur »[1720]. Ce devoir renforcé de bonne foi justifie la résolution de la convention, par exemple, lorsqu'une société distributrice fusionne avec le concurrent direct de son fournisseur[1721]. Nous reviendrons sur cette idée dans le cadre de la disparition de la confiance (*infra*, n[os] 371-374).

Toutefois, dans un autre sens, il faut préciser qu'il n'existe pas d'identité parfaite entre les deux théories. Certains contrats relationnels n'ont pas de caractère *intuitu personae* : un contrat de vente peut être relationnel si le vendeur accorde des termes et délais à l'acheteur à maintes reprises, sans que les qualités de ce dernier aient déterminé son consentement[1722]. De même, certains contrats *intuitu personae* ne supposent pas une relation particulière : il en va ainsi quand les compétences techniques d'une partie s'avèrent objectivement essentielles pour l'autre[1723].

[1719] *Ibidem.*
[1720] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : P. KILESTE et C. STAUDT, « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 5, n° 7.
[1721] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 198, n° 29.
[1722] C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2005, p. 195, n° 264.
[1723] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, p. 354, n° 396.

Titre III. La dissolution du contrat *intuitu personae*

285. Objet du présent titre. – Lors de ce troisième titre, nous nous pencherons sur les chapitres dédiés à la dissolution des contrats *intuitu personae*. Ces développements nous permettront de tester les bases de l'approche concrète dégagées dans les conclusions des deux premiers titres.

Au sein d'un premier chapitre, nous étudierons la question de la dissolution du contrat *intuitu personae* par la disparition de la confiance déterminante. Nous démontrerons que la partie victime de cette disparition peut résilier la convention lorsque les actes de son cocontractant créent une impossibilité morale d'exécution dans son chef ; nous verrons également qu'une faute contractuelle peut se trouver à l'origine de la rupture de la confiance déterminante entre les parties.

Nous poursuivrons cette analyse dans un second chapitre relatif à la transmission universelle ou à titre universel de patrimoine d'une personne physique et d'une personne morale. Tout d'abord, s'agissant du décès, nous montrerons que la dissolution de plein droit de la convention *intuitu personae* se comprend quand cet événement implique *in concreto* une impossibilité matérielle, juridique ou morale d'exécution dans le chef du cocontractant de la partie justifiant ce caractère. Ensuite, nous montrerons que ces principes s'appliquent à la transmission universelle de patrimoine d'une personne morale, c'est-à-dire aux procédures de restructuration.

Enfin, dans un troisième chapitre, nous examinerons la question de la dissolution du contrat par la faillite de la partie *intuitu personae*. Nous confirmerons que la dissolution automatique se limite aux hypothèses où cet événement entraine concrètement une impossibilité matérielle, juridique ou morale d'exécution. Dans ce cadre, nous exposerons les différents moyens d'action dont le curateur dispose afin d'assurer l'exécution du contrat par le failli ou encore par un tiers.

Chapitre 1er. La dissolution du contrat *intuitu personae* par disparition de la confiance déterminante

Introduction du chapitre

286. Illustrations. – Certains contrats *intuitu personae* entretiennent un lien étroit avec la confiance que se portent les cocontractants[1724]. Dans les faits, ce sentiment pose d'importantes difficultés lorsqu'une partie vient à l'ébranler en cours d'exécution de la relation contractuelle[1725].

Trois exemples le montrent.

Les contrats passés avec les titulaires de profession libérale fournissent une première illustration. Par exemple, un expert-comptable ou un avocat peut-il rompre le contrat de prestation de services quand il n'éprouve plus aucune confiance dans la moralité de son client ?[1726]

Dans le secteur bancaire, un établissement de crédit peut-il mettre fin à la convention d'ouverture de crédit dès lors qu'il estime avoir perdu toute confiance dans l'honorabilité de l'un de ses clients récemment condamné pour fraude fiscale ou blanchiment d'argent ?[1727]

Enfin, en ce qui concerne la convention de bail à nourriture, le bailleur peut-il décider de mettre un terme à la relation contractuelle s'il constate qu'il ne peut objectivement plus cohabiter avec son preneur à bail à la suite de l'apparition d'une mésintelligence durable entre eux ?[1728]

Afin de résoudre ces difficultés, une partie des doctrines belge et française pense que le cocontractant victime de la disparition de la confiance peut *résilier* le contrat *intuitu personae*[1729].

287. Plan du chapitre. – D'emblée, il faut souligner que l'existence d'un droit de résiliation, propre aux contrats *intuitu personae*, ne suscite pas l'unanimité en droits belge et français.

Certains auteurs en contestent l'existence[1730], tandis que d'autres nuancent sa portée[1731].

Dans une première section, nous décrirons les sources de résiliation reconnues dans la théorie générale des obligations. Dans ce cadre, nous analyserons les raisons pour lesquelles

---

[1724] G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (éds.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 97-107.

[1725] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 115-128, nos 111-119. Voy. en droit français : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 399-418, nos 579-602.

[1726] Anvers, 5 mars 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 116.

[1727] Cass. fr. 1re civ., 8 janvier 1980, *RTD. Civ.*, 1980, p. 781, obs. G. CORNU.

[1728] Bruxelles, 8 septembre 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 573 ; Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032.

[1729] Voy. not. pour quelques essais de synthèse en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, nos 85-92 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 275-291, nos 484-515 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 399-418, nos 579-602 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 349-359, nos 241-249.

[1730] Voy. not. : F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 531-532, nos 645-646. En droit français : Ph. SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *J.C.P.*, 1971, I, 2413.

[1731] Voy. not. : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 115-128, nos 111-119.

d’aucuns admettent que la disparition de la confiance permet de résilier une convention et pourquoi d’autres rejettent cette opinion ; nous verrons alors qu’il existe une relation entre la résiliation et la résolution en raison de la disparition de la confiance déterminante (*infra,* n^os^ 288-308).

Lors d’une deuxième section, nous construirons le régime de la résiliation des contrats *intuitu personae*, en raison de la survenance d’un motif grave ou d’une mésintelligence qui anéantit la confiance nécessaire à la poursuite de la relation contractuelle (*infra,* n^os^ 308-352).

Enfin, au sein d’une troisième section, nous aurons égard à la résolution judiciaire et par déclaration du contrat. Nous examinerons le régime de ce mode de dissolution quand une faute contractuelle rompt la confiance déterminante entre les cocontractants (*infra,* n^os^ 353-377).

Section 1re. Incertitudes concernant la résiliation des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance

288. Plan. – Nous commencerons cette section par un aperçu des sources de résiliation des conventions conclues à durée indéterminée ou à durée déterminée (**§1**). Ensuite, nous exposerons la controverse relative à l'existence d'un droit de résiliation propre aux contrats *intuitu personae* (**§2**). Enfin, ce point nous amènera à admettre leur dissolution dès lors que la rupture de la confiance rend la poursuite de la relation contractuelle moralement impossible entre les parties (**§3**).

§1er. – Aperçu des sources de résiliation des contrats

289. Notion de résiliation. – Une large partie de la doctrine belge conçoit la résiliation comme un acte juridique par lequel les cocontractants défont la convention qu'ils avaient conclue[1732]. L'article 1134, alinéa 2, du Code civil prévoit, à cet égard, que « [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

À la suite de cette disposition, la résiliation peut revêtir deux formes.

Tout d'abord, il apparait que la résiliation peut prendre place du commun accord des cocontractants. Cette première cause de rupture, qualifiée de *mutuus dissensus*, représente une convention extinctive par laquelle les parties défont le contrat qu'elles ont elles-mêmes conclu[1733].

La résiliation peut également avoir un caractère unilatéral en pratique. Cette seconde forme de rupture constitue une exception à l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil, qui consacre le principe de la convention-loi. De ce fait, une faculté de résiliation unilatérale doit toujours trouver son origine dans la loi, dans le contrat, dans un usage ou encore dans un principe général du droit[1734].

Dans ce cadre, seule la résiliation unilatérale retiendra notre attention par la suite. En droit belge, de multiples dispositions légales consacrent ce mode d'extinction des contrats, tant pour ceux conclus à durée indéterminée (**A**) que pour ceux conclus à durée déterminée (**B**).

A. La résiliation unilatérale des contrats conclus à durée indéterminée

290. Droit de résiliation inhérent à tout contrat conclu à durée indéterminée. – Un contrat a une durée indéterminée quand les parties ne font pas dépendre son extinction d'un événement futur et certain ou, autrement dit, quand elles ne l'assortissent pas d'un terme extinctif[1735].

[1732] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 726, n° 759. Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 998, n° 653 ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 51, Liège, Formation permanente de la CUP, 2001, p. 105, n° 59 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 12-13, n° 3.

[1733] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 998, n° 653 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 901, n° 970 ; S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 131, n° 30.

[1734] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 904, n° 972 ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 51, Liège, Formation permanente de la CUP, 2001, p. 105, n° 61.

[1735] F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 420-421, n° 516.

Le législateur belge ne consacre pas l'existence générale d'un droit de résiliation unilatérale des contrats conclus à durée indéterminée. Toutefois, le Code civil reconnait la présence de ce droit dans plusieurs conventions : les articles 1736 – pour le bail de droit commun – et 1780 – pour le louage de services – en témoignent. D'autres dispositions s'inscrivent dans cette voie[1736] : ainsi en est-il, par exemple, de l'article 2.72 du Code des sociétés et des associations, de l'article 2 de la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association[1737], de l'article X.17 du Code de droit économique – pour l'agence commerciale –, des articles 32, 3° et 37 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ou encore des articles VII.98 et VII.147/13 du Code de droit économique – pour les crédits à la consommation ou hypothécaires accordés aux consommateurs.

De son côté, la Cour de cassation estime que ces dispositions spécifiques représentent l'expression d'un principe général du droit applicable à tout contrat conclu à durée indéterminée[1738]. Lors d'une décision du 9 mars 1973, la haute juridiction a effectivement admis « qu'une convention, qui implique des prestations échelonnées dans le temps et [qui] est conclue pour une durée indéterminée, peut-être résiliée à tout moment par chacune des parties »[1739].

291. Caractéristiques de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. – La résiliation unilatérale sortit ses effets par le congé, qui représente un acte juridique unilatéral réceptice, par lequel un cocontractant manifeste sa volonté définitive de mettre fin au contrat[1740].

La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée présente deux caractéristiques.

Tout d'abord, le congé ne doit normalement *pas être motivé*. En principe, lorsqu'une partie exerce son droit de résiliation, elle ne doit pas préciser les raisons qui l'ont poussée à mettre fin au contrat. L'absence de justification n'implique donc pas l'illicéité de l'acte de résiliation. Le cas échéant, il appartient à la partie qui le subit d'en démontrer le caractère fautif ou abusif[1741].

Ensuite, la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ne peut pas intervenir à contretemps. La plupart des auteurs admettent qu'en règle, le principe de bonne foi impose à

[1736] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 1001-1002, n° 657 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 910-911, n° 979 ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 51, Liège, Formation permanente de la CUP, 2001, p. 107, n° 64.

[1737] *M.B.*, 28 mai 1921.

[1738] Voy. not. sur ce principe général du droit : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 912, n° 980 ; R. VAN RANSBEECK, « De opzegging », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, pp. 4-5 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 85, n° 5 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 125, n° 105 ; X. DIEUX, « Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », obs. sous Cass. 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, p. 545, n° 5.

[1739] Cass., 9 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 640.

[1740] F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 293, n° 375 ; R. VAN RANSBEECK, « De opzegging », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, p. 6 ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 51, Liège, Formation permanente de la CUP, 2001, p. 114, n° 84.

[1741] R. VAN RANSBEECK, « De opzegging », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, p. 5 ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 51, Liège, Formation permanente de la CUP, 2001, pp. 112-113, n° 78 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 129, n° 108.

l'auteur de la rupture d'assortir son congé d'*un délai raisonnable* de préavis[1742]. La Cour de cassation a rallié ce point de vue. Par une décision du 7 juin 2012, elle a confirmé « [qu'un] contrat à durée indéterminée peut toujours être résilié unilatéralement moyennant le respect d'un délai raisonnable et une telle décision est irrévocable »[1743]. De surcroit, sauf disposition légale contraire, il est vrai que les cocontractants peuvent aménager ce délai de préavis ou même le supprimer[1744].

B. La résiliation des contrats conclus à durée déterminée

292. Absence de droit de résiliation inhérent au contrat conclu à durée déterminée. – Un contrat a une durée déterminée lorsque les parties font dépendre son extinction d'un événement futur et certain, c'est-à-dire d'un terme extinctif, qui peut avoir un caractère exprès ou tacite[1745]. Il n'existe pas de droit de résiliation inhérent à ces conventions en droit belge. Toutefois, à l'analyse, le législateur prévoit une multitude de dispositions légales qui permettent à un cocontractant d'y mettre fin anticipativement. Nous les regrouperons en deux catégories dans ce point.

293. Résiliation des contrats de service : les articles 2004, 1944 et 1794 du Code civil. – Dans le domaine des contrats de service, les articles 2004, 1944 et 1794 du Code civil permettent au bénéficiaire de la prestation de résilier la convention, fût-elle conclue à durée déterminée.

Dans cette perspective, aux termes de l'article 2004 de ce code, il apparait que « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute ». De la sorte, le mandant peut toujours mettre fin à la convention, qu'elle ait un caractère onéreux ou gratuit[1746].

L'article 1794 du Code civil précise également que « Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ». Pour la Cour de cassation, cet article reconnait un droit de résiliation au maitre de l'ouvrage dans les contrats d'entreprise déterminés par leur objet comme par leur durée[1747].

Enfin, l'article 1944 du Code civil indique que « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ». Le déposant peut exiger la restitution de la chose déposée en tout temps et, de la sorte, il peut résilier le contrat de dépôt quand il le désire[1748].

À la lumière de ces dispositions, P.A. Foriers estime que « Dans tous les cas, le droit de résiliation du bénéficiaire de la prestation de service trouve sa justification dans le fait que lui seul,

---

[1742] F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 627, n° 760 ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 51, Liège, Formation permanente de la CUP, 2001, p. 118, n° 95 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 132, n° 110.

[1743] Cass., 7 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1317, spéc. p. 1318.

[1744] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 912, n° 980, spéc. note 121 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 730, n° 763, *B*.

[1745] F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 415-416, n° 513.

[1746] Cass., 24 avril 1845, *Pas.*, 1846, I, p. 484.

[1747] Cass., 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, p. 523, note X. DIEUX.

[1748] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 166, n° 154.

en principe, a intérêt à l'exécution de la convention en nature »[1749]. Le bénéficiaire de la prestation bénéficie donc d'un droit de résiliation doté de deux caractéristiques. *Primo*, sa mise en œuvre ne requiert *pas de motivation*[1750]. Cependant, son auteur ne peut pas l'exercer de manière abusive[1751]. *Secundo*, la résiliation *ad nutum* s'exerce, en principe, *sans* l'octroi d'un *délai raisonnable* de préavis à son destinataire[1752]. Toutefois, à nouveau, cette idée n'a pas de valeur absolue : les circonstances peuvent effectivement commander de laisser un délai de préavis au prestataire[1753].

294. Résiliation pour motif grave ou pour circonstance exceptionnelle. – Plusieurs législations particulières confèrent un droit de résiliation à une partie contractante. Dans certains cas de figure, le législateur permet ainsi à une partie de résilier la convention quand elle constate la survenance d'un événement qui rend impossible la poursuite de la relation contractuelle.

Dans cet ordre d'idées, le premier alinéa de l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail indique que « Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu ». Le même article énonce, en son deuxième alinéa, « [qu'est] considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend *immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle* entre l'employeur et le travailleur »[1754].

L'article X.17, alinéa 1er, du Code de droit économique précise aussi, au sujet du contrat d'agence commerciale, que « Chacune des parties peut, sous réserve de tous dommages-intérêts, résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque des *circonstances exceptionnelles rendent définitivement impossible toute collaboration professionnelle* entre le commettant et l'agent ou en raison d'un manquement grave de l'autre partie à ses obligations »[1755].

[1749] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 181, n° 166. Voy. not. dans le même sens : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 906, n° 974.

[1750] Le mandat d'intérêt commun fait exception à ce principe. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 28 juin 1993 (*Pas.*, 1993, I, p. 628). Une partie de la doctrine étend cette idée à l'entreprise d'intérêt commun (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 909, n° 975 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 181, n° 166).

[1751] S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 131, n° 31. Voy. not. le principe et les exceptions dans le contrat de mandat : B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Story-Scientia, 2000, p. 337, n° 519 ; P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 268, n° 234. Pour le contrat d'entreprise : B. KOHL, « Examen de jurisprudence (1992 à 2010). Les contrats spéciaux. Le louage d'ouvrage (troisième partie) », *R.C.J.B.*, 2017, pp. 614, n° 189 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 171, n° 207. Pour le contrat de dépôt : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 767, n° 932 ; B. TILLEMAN, « Le commodat », in *Rép. not.*, t. IX, L. 4, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 72, n° 50.

[1752] Voy. pour le contrat de mandat : B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Story-Scientia, 2000, pp. 348-349, n° 536 ; P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 268, n° 234. Pour le contrat d'entreprise : F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 172, n° 209. Pour le contrat de dépôt : B. TILLEMAN, « Le commodat », in *Rép. not.*, t. IX, L. 4, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 72, n° 50.

[1753] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, n° 214. Voy. dans le même sens : B. TILLEMAN, « Le commodat », in *Rép. not.*, t. IX, L. 4, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 72-73, n° 50 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 167, n° 154.

[1754] Nous soulignons.

[1755] Nous soulignons.

De même, la loi sur les baux à ferme autorise le bailleur à résilier la convention de bail s'il justifie l'existence de *motifs sérieux* tels qu'énumérés dans l'article 7 de cette loi. Ce type de motifs comprend, conformément au libellé de cette disposition, « des injures graves ou des actes d'hostilité manifestes de la part du preneur à l'égard du bailleur ou de membres de sa famille vivant sous son toit » (7°), ou « la condamnation du preneur du chef d'actes de nature à *ébranler la confiance du bailleur ou à rendre impossibles les rapports normaux* de bailleur à preneur »[1756] (8°).

Ces dispositions partagent deux traits communs. Tout d'abord, elles imposent généralement de *motiver* la résiliation pour motif grave ou circonstance exceptionnelle[1757]. Par exemple, pour le contrat de travail, le congé doit contenir toutes les informations permettant au travailleur de connaitre exactement les faits qui lui sont reprochés ; la motivation doit aussi permettre au juge d'exercer un contrôle sur la réalité et la gravité du motif invoqué[1758]. Ensuite, l'octroi d'un *délai de préavis* se conçoit difficilement à leur sujet, vu que le motif grave ou la circonstance exceptionnelle doit rendre la relation contractuelle impossible à poursuivre [1759]. Toutefois, il convient de remarquer que la loi accorde parfois un délai de réflexion à la victime du motif grave ou de la circonstance exceptionnelle : ainsi l'article X.17 du Code de droit économique octroie-t-il un délai de sept jours à la partie victime de la rupture de la confiance pour résilier le contrat[1760].

§2. – Controverse relative à la résiliation des contrats intuitu personae par disparition de la confiance

295. Disparition de la confiance dans les contrats *intuitu personae* : trois tendances différentes. – La doctrine et la jurisprudence belges ne s'accordent pas sur l'existence d'un droit de résiliation en raison de la disparition de la confiance déterminante au sein des contrats *intuitu personae*[1761]. Ce constat s'observe aussi en droit français où cette question suscite toujours le débat[1762]. Dès lors, il n'existe pas de doctrine classique à ce sujet, mais trois tendances différentes.

296. Première tendance : résiliation *ad nutum* des contrats *intuitu personae*. – Il est parfois admis, en droits belge et français, que les contrats *intuitu personae* fondés sur la confiance comportent un droit de résiliation *ad nutum* : ce dernier aurait pour objectif de protéger les intérêts

---

[1756] Nous soulignons.

[1757] Voy. not. pour le contrat de travail : C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016, pp. 58-59 ; H. DECKERS et A. MORTIER, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 71-72, n° 94 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 921, n° 1252. Voy. pour le contrat d'agence commerciale : Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, pp. 21-22 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 59, n° 61.

[1758] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, p. 921, n° 1252 ; C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 13-14, n° 8.

[1759] Liège, 13 décembre 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 969 ; Cass., 1er juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1121. Voy. not. en doctrine : R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14, spéc. note 2. Voy. également dans le domaine des crédits : S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 160, n° 68.

[1760] Le délai commence à courir à partir du moment où l'auteur de la rupture a connaissance de toutes les circonstances de nature à conférer la nature de motif grave au fait litigieux (Liège, 18 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2017, p. 559).

[1761] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 398-400, nos 442-444 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 531-532, nos 645-646.

[1762] Voy. not. sur ce constat : G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (éds.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 103-106.

du cocontractant qui bénéficie de ce caractère, parce qu'il lui permettrait de rompre la relation sans motivation ni indemnité au cas où la confiance en son partenaire viendrait à être ébranlée[1763].

Ces auteurs fondent leur point de vue sur les articles 2004, 1944 et 1794 du Code civil : le législateur aurait prévu un droit de résiliation *ad nutum* dans le contrat de mandat, de dépôt et d'entreprise en raison de leur caractère *intuitu personae*[1764]. Dans cette logique, Y. Merchiers a notamment écrit que « [l'article 1794 du Code civil] peut s'expliquer par l'aspect *intuitu personae* du contrat d'entreprise dans le chef de l'entrepreneur qui a été choisi par le maître de l'ouvrage en fonction de ses capacités et de la confiance qu'il lui a inspirée »[1765]. Il est vrai que les travaux préparatoires du Code civil confirment cette idée dans le cadre du mandat. Devant le Corps législatif, M. Berlier déclarait que « quand un homme confie ses intérêts à un autre, il est toujours sous-entendu que celui-ci n'en restera chargé qu'autant que la confiance qui lui a été accordée continuera ; car le mandant n'aliène ni à perpétuité, ni même à temps, le plein exercice de ses droits, et le mandat cesse quand il plait au mandant de notifier son changement de volonté »[1766].

Une décision du Juge de paix d'Anvers du 30 novembre 1998 illustre ces propos[1767]. Cette affaire concerne la résiliation d'un contrat d'intermédiaire en assurance. En l'occurrence, le juge de paix a déclaré que « *Ter zake dient vooreest gesteld dat het contract tussen de verzekeringsbemiddelaar of verzekeringsproducent en de verzekeringsnemer een contract intuitu personae is. Het is dan verder zo dat weliswaar niet alle, maar toch sommige contracten intuitu personae* ad nutum *verbroken kunnen worden, hetzij zonder meer, hetzij mits betalen van een vergoeding* »[1768]. Sur la base de ces principes, le juge a estimé que l'assuré n'a pas commis de faute en résiliant le contrat. Il a donc rejeté la demande en indemnisation formulée par l'intermédiaire.

Un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 3 octobre 1968 s'inscrit aussi dans cette logique[1769]. Un étudiant a résilié un contrat d'enseignement privé conclu pour six ans dont il ne voyait plus l'utilité. L'enseignant l'a assigné en paiement pour les années restantes. Le Tribunal a rejeté cette demande, en considérant « [qu'il] existait dans ce contrat un élément personnel qui ne permet pas au tribunal d'en imposer la continuation ou la reprise contre le gré d'une partie ; […] qu'en effet, dans un contrat synallagmatique à *prestations personnelles et successives*, un cocontractant ne saurait, dans le contrat même, renoncer à la faculté de résiliation »[1770].

297. Deuxième tendance : résiliation des contrats *intuitu personae* lorsque la disparition de la confiance rend la poursuite de la relation contractuelle impossible entre les parties. – En droit belge, une deuxième tendance doctrinale estime que la résiliation des conventions frappées

---

[1763] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 257 ; Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 284. Voy. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 400-401, n° 581 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 434, n° 327.

[1764] Voy. not. : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 434, n° 327.

[1765] Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 284.

[1766] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, pp. 238-239, n° 9.

[1767] J.P. Anvers, 30 novembre 1988, *J.J.P.*, 1990, p. 381.

[1768] *Ibidem*, spéc. p. 383. Voy. not. dans un sens similaire : Liège, 6 mai 1992, *J.T.*, 1992, p. 79.

[1769] T.G.I. Paris, 3 octobre 1968, *Gaz. Pal.*, 1968, 2, p. 345, note J.-P. DOUCET.

[1770] Nous soulignons. Voy. : T.G.I. Paris, 3 octobre 1968, *Gaz. Pal.*, 1968, 2, p. 345, note J.-P. DOUCET, spéc. p. 346.

du sceau de l'*intuitus personae* de confiance s'envisage dès lors que la disparition de ce sentiment rend la poursuite de la relation contractuelle moralement impossible entre les cocontractants[1771].

Ces auteurs estiment que le législateur a consacré ce principe à l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail, à l'article X.17 du Code de droit économique et à l'article 7 de la loi sur les baux à ferme : si un motif grave ou une circonstance exceptionnelle justifie la résiliation de ces conventions, c'est parce que ces événements rompent définitivement la confiance nécessaire à la poursuite de la relation des parties, de sorte qu'ils entrainent une *impossibilité morale* d'exécuter la convention[1772]. Ainsi S. Rutten a-t-il écrit, à ce sujet, que « *Elk foutief handelen – zowel binnen als buiten de contractuele sfeer – dat kennelijk het vertrouwen tussen partijen aantast, rechtvaardigt een opzeg wegens dringende redenen. Dat deze theorie beperkt wordt tot de contracten* intuitu personae *is logisch en volgt uit de juridische grondslag ervan* »[1773]. La condamnation pénale d'un cocontractant peut constituer un obstacle à la poursuite de la relation contractuelle dans le chef de l'autre ; de même, selon certains, une partie rend le contrat impossible à continuer lorsqu'elle commet des actes d'hostilité ou des injures graves à l'égard de l'autre[1774].

Pour P.A. Foriers, d'autres dispositions confirment cette idée[1775]. Tel est le cas des articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations. Ces articles permettent à un actionnaire d'une société personnalisée ou à un associé d'une société non personnalisée de demander la dissolution de la personne morale ou d'un contrat d'association au président du tribunal de l'entreprise pour de justes motifs. Un tel motif existe, aux termes de l'article 2:73 du Code des sociétés et des associations, « non seulement lorsqu'un actionnaire ou un associé manque gravement à ses obligations ou lorsque son infirmité le met dans l'impossibilité d'exécuter celles-ci, mais encore dans tous les autres cas qui rendent impossible la poursuite normale des affaires sociales, telle la mésintelligence grave et durable des actionnaires ou des associés ». Dans ce cadre, la perte de confiance résultant d'une mésintelligence peut provoquer la dissolution lorsqu'elle rend la collaboration entre les associés impossible au point de paralyser le fonctionnement de la société[1776].

[1771] Voy. en particulier à ce sujet : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 89-91, n° 46.

[1772] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116. Voy. dans le même sens : W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15.

[1773] S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15.

[1774] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 120, n° 115. Voy. not. dans le même sens : R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14.

[1775] P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 194-195, n° 44 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.

[1776] Voy. not. sur la notion de dissolution pour de justes motifs dans le droit des sociétés : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 343-345, nos 648-649 ; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, pp. 251-256, nos 149-150 ; B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 198-204, nos 386-392.

Enfin, certains estiment que la théorie de la caducité par disparition de la cause permet d'expliquer pourquoi le contrat *intuitu personae* se dissout lors de la rupture de la confiance[1777]. Le Tribunal de première instance de Nivelles a rallié ce point de vue par une décision du 30 juin 1998[1778]. Un avocat avait perdu la confiance qu'il avait placée en son client à la suite de certains agissements déplacés. De ce fait, ce prestataire avait renoncé à sa mission. Le client l'assigna alors en responsabilité sur la base d'une rupture abusive. Le Tribunal n'a pas fait droit à cette demande : il a décidé « Que, même s'il est habituel de considérer l'*intuitu personae* dans le chef de l'avocat, ce concept peut présenter un caractère bilatéral ; […] Que la disparition du lien de confiance, donc de la cause du contrat, entraîne sa caducité, même si tel effet reste exceptionnel »[1779].

298. Troisième tendance : absence de droit de résiliation pour disparition de la confiance dans les contrats *intuitu personae*. – Une troisième tendance doctrinale s'oppose à la consécration d'un droit de résiliation propre aux contrats *intuitu personae* fondés sur la confiance[1780]. Elle n'adhère pas à la lecture extensive des articles 2004, 1944 et 1794 du Code civil, ni à la résiliation lorsque la rupture de la confiance empêche moralement une partie de poursuivre le contrat.

En droit français, F. Valleur considère, quant à la résiliation *ad nutum* des contrats *intuitu personae*, que « si cette idée était juste, […] Elle suffirait par exemple à expliquer, outre l'article 2003 alinéas 2 et 3, l'article 1865 5° complété par les articles 1869 et 1870 (société), peut-être aussi l'article 1794 (marché à forfait), l'article 1944 (dépôt) […] Mais en réalité toutes ces dispositions n'ont en général rien à voir avec la présence de l'intuitus personae dans ces contrats »[1781].

En outre, à suivre d'autres auteurs, la disparition de la confiance ne peut jamais justifier la dissolution du contrat *intuitu personae*, même en présence d'une impossibilité morale d'exécution. Ce principe leur semble contraire à l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil[1782]. En droit français, Ph. Simler souligne « [qu'il] serait pour le moins curieux que le respect de la parole donnée soit précisément moins impératif dans les contrats ayant un caractère personnel marqué, reposant donc plus que les autres sur la confiance et sur la considération réciproques. […] En aucun cas, le caractère personnel ne saurait justifier une violation de l'article 1134, une atteinte à la force

---

[1777] Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, p. 21 ; Y. VAN WASSENHOVE, « Kredietverlening aan KMO'S. Nieuw wettelijk kader », *N.J.W.*, 2014, p. 636, n° 51 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116 ; S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, pp. 136-137, n° 38 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 89-91, n° 46.

[1778] Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 213.

[1779] *Ibidem*, spéc. p. 214.

[1780] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 399-400, nos 443-444 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 631, n° 645 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 39-40, n° 24 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 433, n° 460*bis*. Voy. not. en droit français : Ph. SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *J.C.P.*, 1971, I, 2413, nos 11 et 12 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 315-316, n° 120.

[1781] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 315-316, n° 120.

[1782] Voy. not. dans cette logique en droit belge : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 399-400, n° 444 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 631, n° 645 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 39-40, n° 24.

obligatoire des contrats »[1783]. Dès lors, si l'on transpose cette logique au droit belge, il devient impossible d'étendre le principe énoncé aux articles 35 de la loi relative aux contrats de travail, l'article X.17 du Code de droit économique ainsi qu'à l'article 7 de la loi sur les baux à ferme.

§3. – Réflexions sur la controverse relative à la résiliation du contrat intuitu personae par disparition de la confiance

299. Bases de l'impossibilité morale d'exécution et affinement de son régime. – Plusieurs raisons nous semblent justifier la dissolution des contrats *intuitu personae* de confiance ou d'affection quand la disparition de ces sentiments se trouve à la base d'une impossibilité morale d'exécution (**A**). Toutefois, il est vrai que le régime de cette impossibilité doit être affiné (**B**).

A. Impossibilité morale d'exécution comme base du cadre théorique

300. Résiliation des contrats *intuitu personae*, lors de la disparition de la confiance déterminante, en présence d'une impossibilité morale d'exécution. – Selon nous, les parties peuvent résilier une convention *intuitu personae* fondée sur la confiance ou l'affection lorsque la disparition de ces sentiments rend leur relation immédiatement et définitivement impossible à poursuivre, c'est-à-dire en présence d'une impossibilité morale d'exécution. Nous souscrivons donc à la lecture extensive de l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail, de l'article X.17 du Code de droit économique et de l'article 7 de la loi sur les baux à ferme. Dans le même sens, il nous semble que les articles 2:73 et 4 :17 du Code des sociétés et des associations confirment ce point de vue, bien que la dissolution pour justes motifs présente un caractère judiciaire à la base.

La caducité par disparition de la cause nous parait également constituer le fondement adéquat de la dissolution compte tenu de ses liens avec la notion d'impossibilité d'exécution. Cette approche permet d'expliquer la présence d'un droit de résiliation pour perte de la confiance dans plusieurs conventions tout en conciliant un impératif de sécurité juridique et d'équité : il en va ainsi pour les contrats des crédits[1784], pour les contrats de bail à nourriture[1785], pour les conventions de tontine ou d'accroissement[1786] et même pour certains contrats de la distribution commerciale[1787]. Nous reviendrons sur ce fondement et les difficultés qu'il crée en droit belge (*infra*, n^{os} 318-323).

En revanche, les autres courants doctrinaux ne parviennent pas à atteindre cet équilibre.

301. Réflexions sur la résiliation *ad nutum* des contrats *intuitu personae* fondés sur la confiance. – La reconnaissance d'un droit de résiliation *ad nutum* propre aux conventions *intuitu personae* fondées sur la confiance n'emporte pas la conviction. Deux raisons le justifient.

Le caractère *ad nutum* du droit de résiliation porte d'abord atteinte à la sécurité juridique. L'exercice d'un tel droit ne nécessite effectivement pas de justification. En pratique, nous pensons que la disparition de la confiance pourrait servir de prétexte à la résiliation du contrat *intuitu personae* pour des motifs de pure convenance ; de même, du fait de l'absence totale de motivation,

---

[1783] Ph. SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *J.C.P.*, 1971, I, 2413, n^{os} 11 et 12.
[1784] Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.-P. BUYLE.
[1785] Voy. not. en droit français : Cass. fr. 1re civ., 8 janvier 1980, *RTD. Civ.*, 1980, p. 781, obs. G. CORNU ; Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.
[1786] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612 ; Civ. Hasselt, 17 avril 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 376 ; Civ. Gand, 2 septembre 2003, *T. Not.*, 2005, p. 409 ; Civ. Bruxelles, 12 septembre 1999, *J.L.M.B.*, p. 1018.
[1787] Dans le domaine de la concession de vente : Paris, 7 novembre 1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON.

il est possible qu'une partie rompe la convention *intuitu personae* pour des raisons totalement étrangères à la disparition de la confiance. Dans cette perspective, la résiliation *ad nutum* présente un aspect trop potestatif, qui dépasse largement le cadre de la protection de la confiance.

Ensuite, comme F. Valleur l'a souligné en droit français, le droit de résiliation *ad nutum* admis dans certains contrats spéciaux ne repose pas toujours exclusivement sur l'*intuitus personae*[1788] : la disparition de la confiance ne représente que l'un des fondements du droit de rupture. Une décision de la Cour de cassation du 17 février 2011 l'illustre[1789]. Le client d'un avocat a résilié le contrat d'abonnement conclu avec ce prestataire. La Cour a alors déclaré que « La confiance est le fondement nécessaire de la convention conclue entre un avocat et son client. Celui-ci peut, dès lors, mettre fin à la convention à tout moment et sans indemnité pour les profits escomptés des services futurs, sous réserve de l'abus de droit et du principe d'exécution de bonne foi des conventions. *Cette faculté ressortit à la liberté du choix de l'avocat, c'est-à-dire à l'exercice des droits de la défense* »[1790]. Selon les termes de la Cour, s'il apparait que la résiliation *ad nutum* se fonde en partie sur la confiance dans un contrat d'avocat, elle repose tout autant sur la protection des droits de la défense du client[1791]. La haute juridiction rejoint par-là plusieurs auteurs français, pour qui une partie peut résilier le contrat afin de protéger l'un de ses droits fondamentaux[1792].

En conclusion, l'*intuitus personae* ne constitue pas, *à lui seul*, un fondement suffisant pour généraliser la résiliation *ad nutum* prévue par certaines dispositions légales spécifiques[1793].

302. Réflexions sur l'absence de droit de résiliation pour disparition de la confiance dans les contrats *intuitu personae*. – À notre sens, les auteurs réfutant toute résiliation du contrat *intuitu personae*, à la suite de la disparition de la confiance, pèchent par trop de sécurité juridique.

Ce point de vue parait inéquitable lorsque la relation contractuelle devient durablement impossible à poursuivre à la suite de la rupture des sentiments qui la sous-tendent : le maintien d'un contrat paralysé ne revêt aucun sens et aboutit même à des conséquences problématiques. Par exemple, rien ne justifie le maintien d'un bail à nourriture quand le bailleur et le preneur ne parviennent plus à cohabiter ; un auteur ne peut plus continuer à collaborer avec un éditeur, pour assurer la promotion de son ouvrage, quand les actes de cette partie le ridiculisent publiquement[1794].

La Cour de cassation ne reste pas étrangère à ce besoin d'équité[1795]. Dans une décision du 6 mars 2014, relative à la perte de l'affection dans une clause de tontine, la Cour a affirmé « [qu'une] convention de tontine qui se construit sur la base d'une relation juridique existant entre

---

[1788] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 315-316, n° 120.

[1789] Cass., 17 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 577. En réalité, cette décision se fonde sur l'enseignement d'un arrêt du Conseil d'état. Voy. à cet égard : C.E., 5 septembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 5, note D. LAGASSE.

[1790] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : Cass., 17 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 585.

[1791] Voy. pour une critique de cette référence à la confiance et aux droits de la défense : J.-P. BUYLE, « La résiliation par le client du contrat le liant à un avocat », obs. Mons 23 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1959 ; F. GLANSDORFF, « Le droit de rupture de l'avocat peut-il avoir un coût », obs. sous Cass. 17 février 2011, *J.T.*, 2011, pp. 636-637.

[1792] Voy. not. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 283, n° 500.

[1793] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 433, n° 460*bis*.

[1794] T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189.

[1795] F. PEERAER, « Hof van Cassatie aanvaardt dat tontine ophoudt te bestaan wanneer partners uit elkaar gaan », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2014, pp. 263-264, nos 4-5.

les parties cesse toutefois d'exister lorsque ces rapports juridiques prennent fin, de sorte que l'exécution ultérieure de cette convention est privée de tout sens »[1796]. Il nous semble que le point de vue de la Cour mérite l'approbation tant en droit qu'en équité. Comme le suggère Y.-H. Leleu, soutenir l'opinion inverse, dans cette affaire, « aboutit à des conséquences absurdes ou inéquitables : une clause d'accroissement survivrait à la rupture, au mariage, bref au couple qui en était la raison d'être »[1797]. Nous reviendrons sur la portée de cette décision (*infra*, n[os] 322-328).

303. Confirmation de la résiliation des contrats de confiance pour motif grave en droit néerlandais. – Le droit néerlandais connait la résiliation des conventions pour un motif grave (« *dringende of ernstige redenen* ») ou pour une raison légitime (« *gewichtige redenen* »)[1798].

Dans ce cadre, l'article 7:408, alinéa 2, du *Burgerlijk Wetboek* prévoit, au sujet des prestations de services intellectuels (« *opdracht overeenkomsten* »), que « *De opdrachtnemer die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, kan,* behoudens gewichtige redenen*, de overeenkomst slechts opzeggen, indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt* »[1799] ; de même, s'agissant de l'agence commerciale, l'article 7:439, alinéa 1[er], de ce Code énonce que « *De partij die de overeenkomst beëindigt zonder eerbiediging van haar duur of zonder inachtneming van de wettelijke of overeengekomen opzeggingstermijn en zonder dat de wederpartij daarin toestemt, is schadeplichtig,* tenzij zij de overeenkomst doet eindigen om een dringende*, aan de wederpartij onverwijld medegedeelde reden* »[1800].

Une partie de la doctrine néerlandaise se fonde sur ces articles afin d'étendre la résiliation pour motif grave ou pour raison légitime à d'autres contrats de confiance. Par exemple, selon T.F.E. Tjong Tai, un motif grave « *kan men omschrijven als omstandigheden van zodanig gewicht dat het van zich daarop beroepende partij niet langer gevergd kan worden dat deze overeenkomst voorzet. Voorbeelden zijn een* vertrouwensbreuk bij een opdracht waar een vertrouwen relatie van belang is*, een conflict tussen plichten bij een beroepsbeoefenaar, een instructie van de opdrachtgever in strijd met gedragsregel of tuchtrecht, mishandeling of bedreiging door de wederpartij* »[1801].

B. Axes d'amélioration du cadre théorique proposé

304. Disparition de la confiance et impossibilité morale d'exécution : un régime à construire. – Le régime de la résiliation des contrats *intuitu personae* pour impossibilité morale d'exécution reste à construire. Une partie de la doctrine conteste d'abord le recours à la caducité par disparition de la cause (*infra*, n[os] 316-318). Par ailleurs, les auteurs ne s'accordent pas sur les

---

[1796] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612, spéc. p. 615.

[1797] H.-Y. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 522, n° 455. Voy. dans le même sens : D. MICHIELS, *Tontine et accroissement*, Malines, Kluwer, 2008, pp. 49-50, n° 54.

[1798] Voy. not. sur la résiliation des contrats de prestations de services en droit néerlandais : T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2[e] éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 145-154, n[os] 160-170 ; M.A.M.C. VAN DEN BERGH, *Bijzondere overeenkomsten. Aanneming van werk*, deel VI, 2[e] éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2013, pp. 285-296, n[os] 171-179 ; J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, deel 1, 3[e] éd., Deventer, Kluwer, 1997, pp. 661-666.

[1799] Nous soulignons.

[1800] Nous soulignons.

[1801] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2[e] éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 153, n° 168.

caractéristiques que l'impossibilité d'exécution doit revêtir pour pouvoir déclencher la résiliation (*infra*, n^os^ 324-342). Enfin, les effets de la rupture restent incertains (*infra*, n^os^ 343-350). Toutefois, avant de répondre à ces interrogations, il convient de délimiter les limites du cadre conceptuel.

305. Distinction entre la résiliation et la résolution de la convention. – Les développements dédiés à l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail, à l'article X.17 du Code de droit économique, aux articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations montrent que la rupture de la confiance déterminante peut avoir plusieurs origines : elle peut résulter de faits étrangers aux obligations des parties, tels qu'une mésintelligence durable ou une infirmité ; à l'inverse, elle peut trouver sa source dans une *inexécution contractuelle* de l'une d'entre elles[1802].

Ces différentes dispositions ne font donc pas de séparation nette entre les faits constitutifs de fautes contractuelles et les faits étrangers aux obligations des parties[1803]. Dans un arrêt du 26 juin 2006, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que « La notion de faute [au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978] n'est pas limitée par cette disposition aux seuls manquements à une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, mais s'entend aussi de toute erreur de conduite que ne commettrait pas un travailleur normalement prudent et avisé »[1804]. Toutefois, afin de cerner correctement les effets liés à la disparition de la confiance en dehors de ces articles particuliers, il faut étudier séparément le régime de la résiliation et de la résolution du contrat *intuitu personae*.

Partant, dans le cadre de la *résiliation* du contrat *intuitu personae*, nous aurons égard aux faits étrangers aux obligations contractuelles des parties : il s'agit de l'ensemble des faits ou des actes imputables à l'une d'elles qui rompent la confiance sans ouvrir un droit à la résolution prévue par l'article 1184 du Code civil. Les effets de la résolution diffèrent effectivement de ceux de la résiliation : sauf disposition contractuelle contraire, la résolution de la convention opère avec un effet rétroactif, tandis que la résiliation vaut seulement pour l'avenir[1805] (*infra*, n^os^ 309-352).

S'agissant de la *résolution* de la convention *intuitu personae*, nous examinerons précisément les fautes contractuelles graves qui ouvrent un droit à la résolution judiciaire et par

---

[1802] Voy. sur la notion de justes motifs : D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, pp. 251-256, n^os^ 149-150 ; B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 198-204, n^os^ 386-392. Pour la notion de motif grave au sein de l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail : C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2^e^ éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 9-19, n^os^ 1-16 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, pp. 893-899, n^os^ 1224-1231. Pour la notion de manquement grave et de circonstances exceptionnelles dans l'article X.17 du Code de droit économique : P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 113-115, n° 102 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 50-52, n^os^ 49-52.

[1803] Voy. sur cette question dans le domaine de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social-droit du travail 2018-2019*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 2454-2457, n^os^ 4387-4394 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016, pp. 2-3. Voy. dans le domaine de l'article X. 17 du Code de droit économique : Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, pp. 15-21 ; P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 176-187, n^os^ 397-421. Voy. dans le domaine de l'ancien article 45 du Code des sociétés : B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 198-214, n^os^ 386-400 ; V. SIMONART et Th. TILQUIN, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 306-308, n^os^ 1653-1655.

[1804] Cass., 26 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1513, *J.T.T.*, 2006, p. 404.

[1805] Voy. not. sur la différence entre la résiliation et la résolution : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e^ éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 903-904, n° 971 ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », *La fin du contrat*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 51, Liège, Formation permanente de la CUP, 2001, p. 105, n° 59 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 13, n° 3.

déclaration du contrat en raison de la disparition de la confiance déterminante[1806]. Les travaux préparatoires de l'ancienne loi sur le contrat d'agence commerciale illustrent ces propos : aussi le législateur estime-t-il, s'agissant du manquement grave, que « Les exemples de fautes graves abondent dans la jurisprudence en matière de contrat de travail ou de représentation commerciale. Ils peuvent valoir également en matière d'agence : l'acceptation par l'agent de "pots de vin", les infractions aux dispositions du contrat interdisant à l'agent de conclure pour son compte personnel ou de s'occuper de la représentation de firmes concurrentes, la désignation par le commettant d'un deuxième agent alors que le contrat d'agence assurait l'exclusivité… »[1807] (*infra*, n[os] 353-377).

306. Résiliation du contrat pour rupture de la confiance : distinction entre la mésintelligence et le motif grave. – Plusieurs faits étrangers aux obligations des parties peuvent être à la base de la résiliation du contrat pour rupture de la confiance déterminante ; la dissolution du contrat peut tant trouver sa source dans une *mésintelligence* que dans un *motif grave*.

La *mésintelligence* renvoie à la mésentente ou au désaccord profond entre les parties[1808]. À l'instar du divorce, une mésintelligence peut entrainer la dissolution de certains contrats, même en l'absence d'un fait imputable à l'une des parties[1809]. Il arrive ainsi qu'une discorde paralyse radicalement un contrat qui se fonde sur un haut degré de confiance ou d'affection, c'est-à-dire sur un *intuitus personae* au sens strict. En droit français, G. Kostic résume cette idée par ces mots : « la mésintelligence est la traduction d'un désaccord entre les parties, le reflet de la dégradation de leurs rapports. L'accord de volonté a tourné court. Les parties ne se plaisent plus et la relation contractuelle devient impossible. Il en résulte une nécessaire résiliation »[1810] (*infra*, n[os] 324-331).

Dans le sillage des écrits de P.A. Foriers, il apparait qu'un *motif grave* consiste dans « toute circonstance imputable à une partie qui rend impossible la poursuite de la relation contractuelle, par exemple, des actes d'hostilité en dehors de la relation contractuelle, ou encore des condamnations pénales graves pour des faits étrangers au contrat en cause »[1811]. Cette définition s'accorde avec les motifs de rupture étrangers aux obligations des parties de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978[1812] ; elle rend aussi compte des circonstances exceptionnelles de l'article X. 17 du

---

[1806] Voy. not. à cet égard : D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 100-125 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 171-178, n[os] 234-249 ; J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 461-462, n° 20 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 268-270, n° 185 et pp. 612-614, n[os] 473-474.

[1807] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 355-3, p. 18.

[1808] H. MATSOPOULOU, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. sociétés*, 1998, p. 24, n° 8 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 400, n° 481.

[1809] Voy. not. dans le cadre de l'ancien article 45 du Code des sociétés : Mons, 27 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 960 ; Liège, 21 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 919 ; Liège, 2 avril 1968, *R.P.S.*, 1968, p. 264 ; Bruxelles, 10 février 1964, *R.P.S.*, 1964, p. 153. Voy. not. dans le cadre des conventions de tontine : Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612. Voy. not. dans le domaine du bail à nourriture en droit français : Cass. fr. 1re civ., 8 janvier 1980, *RTD. Civ.*, 1980, p. 781, obs. G. CORNU ; Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.

[1810] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 400, n° 581.

[1811] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 120, n° 115. Cons. également : R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14.

[1812] Voy. not. : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social-droit du travail 2018-2019*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 2454-2457, n[os] 4387-4394 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016, pp. 2-3.

Code de droit économique[1813]. En pratique, un motif grave peut objectivement paralyser une relation où la confiance s'avère déterminante, sans pour autant revêtir une haute intensité ; un tel fait peut entrainer la dissolution d'un contrat *intuitus personae* au sens large (*infra*, n^os^ 332-342).

§4. – Conclusion intermédiaire

307. Base : une absence de consensus sur la résiliation des contrats *intuitu personae* lors de la disparition de la confiance. – La doctrine belge reste divisée à propos de l'existence d'un droit de résiliation, au sein des contrats *intuitu personae*, en cas de disparition de la confiance.

Trois tendances différentes coexistent à l'heure actuelle.

Tout d'abord, une partie de la doctrine pense que le bénéficiaire de l'*intuitus personae* peut toujours résilier le contrat *ad nutum*. Ce droit de résiliation lui permettrait de le protéger dans le cas où la confiance entre les cocontractants viendrait à être ébranlée. Les articles 2004, 1944 et 1794 du Code civil formeraient des applications particulières de cette idée (*supra*, n° 296).

Une autre partie de la doctrine affirme que la résiliation d'un contrat *intuitu personae* se conçoit uniquement quand la disparition de la confiance rend la poursuite de la relation contractuelle moralement impossible à poursuivre. Ces auteurs estiment également que de la théorie de la caducité par disparition de la cause constitue le fondement général de ce principe ; le législateur l'a d'ailleurs déjà consacré par des dispositions qui organisent la dissolution des contrats de travail, d'agence commerciale, de bail à ferme ainsi que du contrat de société (*supra*, n° 297).

Enfin, certains auteurs pensent que les contrats *intuitu personae* ne peuvent jamais être résiliés pour disparition de la confiance en dehors d'une disposition prévue à cet effet. La consécration de pareil droit de résiliation reviendrait à porter atteinte au principe de la convention-loi ou, autrement dit, à la force obligatoire des contrats *intuitu personae* (*supra*, n° 298).

308. Proposition : résiliation ou résolution des contrats *intuitu personae* du fait de la disparition de la confiance déterminante. – Selon nous, la résiliation d'un contrat *intuitu personae* se conçoit dès lors que la rupture de la confiance rend la relation contractuelle moralement impossible à poursuivre : le maintien du contrat n'a plus raison d'être dans cette situation.

Ce cadre théorique connait plusieurs axes d'amélioration qui concernent la théorie de la caducité par perte de la cause subjective, les caractéristiques de l'impossibilité morale d'exécution et, enfin, les effets du droit de résiliation reconnu à la victime de la perte de la confiance. Dans une deuxième section, nous reviendrons sur ces difficultés afin de construire le régime de la dissolution des conventions *intuitu personae* pour impossibilité morale d'exécution (*infra*, n^os^ 309-352).

En outre, il arrive qu'un manquement contractuel rompe la confiance dans le chef de la partie qui le subit. Une telle faute implique alors la résolution judiciaire ou par déclaration du contrat. Lors d'une troisième section, en plus du régime de la résiliation, nous aborderons celui de la résolution du contrat *intuitu personae* pour disparition de la confiance (*supra*, n^os^ 353-377).

[1813] Voy. not. : Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, pp. 15-21 ; P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 176-187, n^os^ 397-421.

Section 2. Le régime de la résiliation des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance

309. Plan. – Dans cette section, nous reviendrons sur le champ d'application de la résiliation pour rupture de la confiance. Nous verrons que cette cause de dissolution vaut aussi pour la perte de l'affection (**§1er**). Ensuite, nous étudierons les fondements de ce droit de résiliation, qui résident soit dans des clauses contractuelles soit dans la théorie de la caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective (**§2**). Ces propos nous permettront de définir les caractéristiques que doit revêtir l'impossibilité morale d'exécution afin d'ouvrir un droit à résiliation lors de l'apparition d'une mésintelligence entre cocontractants (**§3**) ou d'un motif grave (**§4**). Enfin, nous exposerons les principaux effets de la résiliation lorsque la confiance vient à disparaitre (**§5**).

§1er. – Champ d'application de la résiliation des contrats intuitu personae par disparition de la confiance

310. Notion de confiance. – Définir la notion de confiance représente une véritable gageure. À la base, ce sentiment constitue la réponse des parties à un risque ou à une incertitude[1814].

Dans le premier titre de cette thèse, nous avons vu que la confiance possède plusieurs intensités et même plusieurs formes. Nous résumons ces idées à ce stade (*supra*, n° 165)[1815].

La confiance possède différentes intensités. Une relation contractuelle à exécution différée ou successive génère toujours certains risques et requiert, de la sorte, l'existence d'une dose minimale de confiance entre les parties[1816]. Dans ce cadre, presque toute convention repose sur une part de subjectivité. La présence d'un simple sentiment de confiance ne justifie donc pas toujours l'*intuitus personae*, sous peine de faire disparaitre toute utilité à cette figure juridique[1817].

Il est vrai que la confiance revêt aussi plusieurs formes : elle peut viser, par exemple, le respect de la parole donnée comme la capacité à accomplir l'objectif du contrat[1818]. Nous la retiendrons ici dans son *acception relationnelle*[1819]. Sous cette forme, la confiance renvoie aux « attentes en termes de loyauté et de non-opportunisme, soit l'idée que chaque cocontractant

[1814] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, p. 255, n° 279 ; S. DEAKIN, C. LANE et F. WILKINSON, « Contract Law, Trust Relations and Incentives for Co-operation: A comparative Study », in *Contracts, Co-operation and Competition. Studies in Economics, Management and Law*, S. DEAKIN et J. MICHIE (éds.), Oxford, Oxfor University Press, 1997, pp. 127-128.

[1815] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 399-400, nos 443-444 ; C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 2, Thèse, U.C.L., 2006, pp. 351-355, nos 392-398. Voy. not., à cet égard, en droit français : G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (éds.), Paris, Dalloz, 2008, p. 98 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 276, n° 487.

[1816] Voy. not. en droit français : V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, Thèse, Montpellier 1, 2006, p. 251, n° 432 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 123, n° 85.

[1817] A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, Nice, 1977, p. 123, n° 85.

[1818] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, p. 255, n° 279.

[1819] Cette notion s'inscrit dans le prolongement des développements consacrés aux *relational contracts* par I.R. Macneil en droit américain. Voy. à cet égard : I.R. MACNEIL, « The New Social Contract », New Haven, Yale University, 1980, pp. 13-15 ; I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », *S. Cal. L.Rev.*, 1973-1974, pp. 720-726.

prendra en compte l'intérêt de l'autre »[1820]. Dans cette logique, la confiance relationnelle s'identifie à la capacité d'une partie à être un *partenaire loyal et fiable* lors de l'exécution du contrat[1821].

311. La confiance comme élément déterminant de la relation contractuelle. – La disparition de la confiance peut provoquer la dissolution de la convention lorsque, compte tenu de l'intention commune des parties, elle apparait comme étant un élément déterminant de leur engagement.

Les parties peuvent d'abord ériger expressément la confiance au rang d'élément déterminant de leur consentement. Une clause peut énoncer que « Les deux parties s'accordent sur le fait que le contrat a comme fondement la fidélité et la confiance. Toutes discordances qui apparaîtraient seront réglées à l'amiable, par arbitrage à l'exclusion de toutes voies de droit »[1822].

En outre, lors de la conclusion du contrat, les parties peuvent élever tacitement la confiance au rang d'élément déterminant de leur consentement. Un cocontractant peut exiger de son partenaire qu'il possède des qualités subjectives d'honnêteté, de moralité ou d'honorabilité afin de s'assurer du bon déroulement de leur relation contractuelle[1823]. Par exemple, l'honorabilité financière d'un travailleur justifie l'*intuitus personae* quand sa fonction l'oblige à gérer les avoirs financiers de l'entreprise ou à manipuler des fonds[1824] ; de même, selon certains, la moralité d'un éducateur constitue un élément déterminant si sa fonction l'oblige à travailler avec des mineurs[1825].

312. Extension de l'impossibilité morale d'exécution à la disparition de l'affection. – La confiance ne représente pas le seul sentiment apte à justifier la présence d'une relation particulière entre les cocontractants. L'affection possède aussi ce pouvoir[1826]. Selon nous, à l'instar de la confiance, sa disparition peut justifier l'impossibilité morale de poursuivre la relation contractuelle.

Le contrat de bail à nourriture illustre cette idée. En effet, l'exécution des obligations de soins et de cohabitation requiert d'ordinaire une réelle affinité entre les cocontractants, qui s'exprime par exemple à travers des liens familiaux[1827] ou d'amitié de longue date[1828]. Un tiers au contrat reste normalement étranger à des liens d'affection aussi particuliers. Il parait donc logique

---

[1820] *Ibidem*, p. 256, n° 279.

[1821] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, p. 266, n° 295 ; M. NACCARATO, « La juridicité de la confiance dans le contexte de contrats de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille », *Revue générale de droit*, 2009, pp. 510-511, n° 101.

[1822] Bruxelles, 27 février 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 929.

[1823] C. DELFORGE, « Le contrat à long terme », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. DELFORGE (éd.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 22, n° 14 ; C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, p. 256, n° 279. Voy. également sur la notion de confiance relationnelle : S. DEAKIN, C. LANE et F. WILKINSON, « Contract Law, Trust Relations and Incentives for Co-operation: A comparative Study », in *Contracts, Co-operation and Competition. Studies in Economics, Management and Law*, S. DEAKIN et J. MICHIE (éds.), Oxford, Oxfor University Press, 1997, p. 127.

[1824] C.T. Mons, 7 avril 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 122.

[1825] Voy. not. sur l'accès à un extrait de casier judiciaire pour témoigner de la moralité : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, p. 92, n° 107 ; S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 41-42, n° 29.

[1826] J. BEDOURA, *L'amitié et le droit civil*, Thèse, Tours, 1976, p. 35, n° 23.

[1827] Liège, 26 novembre 1885, *Pas.*, 1886, II, p. 63.

[1828] Voy. not., à ce sujet, en droit français : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 301-302, n^{os} 426-427 ; J. CARBONNIER, obs. sous Cass. fr. soc. 19 février 1954, *RTD. Civ.*, 1954, p. 326, n° 5.

que la disparition de l'affection entraine l'impossibilité morale de poursuivre la relation[1829]. Toutefois, la dissolution de ce contrat obéit à certaines spécificités dans ce cas (*infra*, n° 346).

Ce constat s'impose également pour les conventions de tontine et d'accroissement qui portent sur des biens indivis au sein d'un couple. Selon plusieurs auteurs, ces contrats reposent, en toute logique, sur l'affection que les partenaires se portent mutuellement[1830]. Certains magistrats ont alors constaté à bon droit que la séparation des conjoints peut impliquer l'impossibilité de poursuivre la relation contractuelle, compte tenu du but initial qu'ils poursuivent. Cet objectif consiste dans la gestion commune du bien indivis et dans la volonté de garantir les intérêts du survivant au décès de l'une d'entre elles[1831]. Dans cette situation, la paralysie de la convention ne fait aucun doute à partir du moment où les conjoints se sont séparés et qu'ils ont rompu les négociations destinées à dissoudre la convention de tontine ou d'accroissement (*infra*, n° 330).

§2. – Fondements de la résiliation par disparition de la confiance

313. Clauses contractuelles et caducité de l'acte juridique par disparition de sa cause. – La dissolution du contrat pour rupture de la confiance peut reposer sur plusieurs fondements. Il arrive d'abord que les parties insèrent une clause contractuelle *ad hoc* pour pallier toute difficulté (**A**). Si l'interdiction de l'abus de droit et la bonne foi ne peuvent pas servir de fondement à la dissolution à défaut de clause, il est vrai que ces deux concepts ont un rôle à jouer lors de la disparition de la confiance (**B**). Dans ce contexte, certains auteurs estiment à juste titre que l'extinction de la relation contractuelle peut résulter de la théorie de la caducité par disparition de la cause subjective (**C**).

A. Clauses contractuelles

314. Clauses de résiliation ou de suspension du contrat. – Les cocontractants règlent parfois le sort de leur convention dans l'hypothèse où la confiance viendrait à disparaitre. Ils peuvent, à cet effet, prévoir un droit de résiliation en faveur de la partie victime de la perte de la confiance.

Dans ce cas, les parties restent libres de préciser quand la rupture la confiance justifie la résiliation : elles peuvent faire référence à l'impossibilité morale d'exécution ou à l'ébranlement de ce sentiment. Tel est souvent le cas dans le secteur bancaire[1832]. Par exemple, s'agissant d'une ouverture de crédit, il arrive qu'une clause énonce que la banque a le droit de « mettre fin au crédit sans préavis et par simple notification lorsque surviennent des événements qui ébranlent la confiance dont jouit la créditée ou qui réduisent les sûretés dont le crédit est assorti »[1833].

Les clauses contractuelles relatives à la disparition de la confiance comportent parfois une rédaction plus complexe. En effet, rien ne s'oppose à ce que les cocontractants énumèrent les

---

[1829] Cass. fr. 1re civ., 8 janvier 1980, *RTD. Civ.*, 1980, p. 781, obs. G. CORNU ; Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.

[1830] C. ROUSSIEAU, « La modalisation des clauses d'accroissement quant à leur durée : quelles évolutions ? », *Rev. not. b.*, 2019, pp. 6-7, n° 1 ; D. STERCKX et L. STERCKX, « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffectation des partenaires : la caducité ressuscitée ? », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, p. 412, n° 23 ; H.-Y. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 522, n° 455.

[1831] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616 ; Civ. Hasselt, 17 avril 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 376 ; Civ. Gand, 2 septembre 2003, *T. Not.*, 2005, p. 409 ; Civ. Bruxelles, 12 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1018.

[1832] Voy. not. sur ces clauses : J.-P. BUYLE et P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires », in *Le droit bancaire et financier en mouvement*, M. GRÉGOIRE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 45-46 ; S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 160, n° 68 ; J.-P. BUYLE, « La dénonciation du crédit », *D.B.F.*, 1988, n° 9, p. 48, n° 10.

[1833] Clauses citées par Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.-P. BUYLE.

événements susceptibles de rompre ce sentiment : ainsi une clause d'une ouverture de crédit peut-elle indiquer que l'institution financière peut résilier le contrat « s'il se produit un fait de nature à ébranler sérieusement la relation de confiance, notamment lorsque la continuité de l'activité des crédités ou des donneurs de garantie se trouve compromise pour quelque raison que ce soit »[1834].

Certaines clauses réservent également la faculté de *suspendre* l'exécution de la convention lors de la disparition de la confiance[1835]. Une stipulation d'une ouverture de crédit peut préciser que « la banque se réserve également le droit de dénoncer ou de suspendre, en tout ou en partie, l'ouverture de crédit et toutes ses formes d'utilisation, tant pour la partie utilisée que pour la partie non utilisée, sans mise en demeure ni recours judiciaire préalable, et ce avec effet immédiat à la date d'expédition de la lettre de notification de la dénonciation et de la suspension »[1836]. L'insertion de ce type de clause présente plusieurs avantages : son effet suspensif permet, en pratique, à son bénéficiaire d'éviter la survenance d'un préjudice du fait de la rupture brutale du contrat ; elle lui octroie également un délai de réflexion s'il hésite à faire usage de son droit de résiliation[1837].

315. Condition résolutoire : dissolution automatique lors de la rupture de la confiance. – Afin de faire face à la rupture de la confiance, il arrive que les cocontractants prévoient une condition résolutoire à la place d'un droit de résiliation. Conformément aux principes applicables à la condition, la dissolution de la convention résulte automatiquement de la survenance d'un événement qui, dans l'intention des parties, provoque la rupture de leur lien de confiance[1838].

Une telle condition résolutoire se rencontre dans les conventions de tontine et d'accroissement[1839]. Une stipulation peut indiquer que « Cette convention devient caduque de plein droit et chacun des acquéreurs peut demander la sortie judiciaire d'indivision après avoir informé l'autre acquéreur par lettre recommandée à la poste du fait que les parties ne cohabitent plus depuis six mois, ce qui peut être prouvé par toute voie de droit. Les parties considèrent le fait d'être inscrites séparément dans les registres de la population comme étant une preuve suffisante à cet

[1834] Article 7.3, 12°, des Conditions générales des crédits pour Centre d'entreprise de la CBC (version 1er janvier 2017), https://www.cbc.be/particuliers/fr/informations-legales/documentation.html.
[1835] Voy. sur les difficultés qui entourent ces clauses : S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 159, n° 67.
[1836] Article 7.3 des Conditions générales des crédits pour Centre d'entreprise de la CBC (version 1er janvier 2017), https://www.cbc.be/particuliers/fr/informations-legales/documentation.html.
[1837] La résiliation du contrat avantage rarement son auteur. La F.S.M.A. et la Banque nationale de Belgique l'ont reconnu dans le domaine bancaire. Voy. not. à cet égard : l'article 16 de du Règlement du 3 juillet 2018 de l'Autorité des services et marchés financiers relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme approuvé par l'A.R. du 30 juillet 2018, *M.B.*, 7 août 2018 ; l'article 15 Règlement de la Banque nationale de Belgique du 21 novembre 2017 relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme approuvé par l'A.R. du 10 décembre 2017, *M.B.*, 22 décembre 2017.
[1838] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 374-375, n° 385.
[1839] Voy. not. : C. ROUSSIEAU, « La modalisation des clauses d'accroissement quant à leur durée : quelles évolutions ? », *Rev. not. b.*, 2019, pp. 12-13, n° 7 ; V. SAGAERT, « Groen licht voor aanwasbedingen die gekoppeld zijn aan de duurtijd van de relatie », note sous Cass., 21 octobre 2016, *T. Not.*, 2017, p. 59, n° 8 ; J.-Fr. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement (contrat aléatoire ; pacte sur succession future, copropriété volontaire et conséquences (article 815 du Code civil), abus de droit) », in *La copropriété*, P. LECOCQ (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 113, Liège, Anthemis, 2009, p. 72, n° 30.2.

égard »[1840]. Pour certains auteurs, cette condition a l'avantage d'éliminer le caractère potestatif de la dissolution[1841], si elle n'est pas libellée de manière purement ou simplement potestative[1842].

L'intérêt de ce genre de condition résolutoire pose question lorsque la loi réglemente la résiliation d'un contrat pour disparition de la confiance. S'agissant de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, C. Wantiez et D. Votquenne écrivent que « cette règle exclut que le juge soit *obligé* d'admettre la gravité d'un fait parce que, dans le contrat d'engagement ou dans un autre document antérieur à la rupture, les parties auraient énoncé les faits qui, de leur commun accord, seraient constitutifs d'un motif grave ; il n'est pas tenu par la convention des parties »[1843]. La condition résolutoire ne revêt donc qu'un intérêt limité dans le cadre du contrat de travail. Pour l'article X.17 du Code de droit économique, certains auteurs jugent même une telle modalité illicite : il en va ainsi de S. Willemart et M. Willemart, selon qui la « condition résolutoire expresse est illégale en matière d'agence commerciale parce qu'elle constitue une restriction au contrôle judiciaire des circonstances exceptionnelles et viole par conséquent le caractère impératif de [l'article X.17 du Code de droit économique] »[1844]. Cependant, dans ce domaine, d'autres auteurs se prononcent en faveur de la licéité de ce genre de condition[1845]. Enfin, la condition résolutoire ne se conçoit pas quand la loi règle la durée du contrat de façon impérative. Tel est le cas pour le bail à ferme[1846].

B. Place de l'interdiction de l'abus de droit et de la bonne foi

316. Place de l'interdiction de l'abus de droit lors de la disparition de la confiance déterminante ou de l'affection. – Le concept de la caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective reçoit la préférence d'une partie de la doctrine afin d'expliquer la dissolution des contrats *intuitu personae* pour rupture de la confiance déterminante[1847]. Toutefois, il est vrai que la reconnaissance de cette théorie reste controversée en droit belge[1848] (*infra*, n^os^ 320-322).

[1840] D. MICHIELS, *Tontine et accroissement*, Malines, Kluwer, 2008, p. 53, n° 56.

[1841] V. SAGAERT, « Groen licht voor aanwasbedingen die gekoppeld zijn aan de duurtijd van de relatie », note sous Cass., 21 octobre 2016, *T. Not.*, 2017, p. 59, n° 8.

[1842] Voy. not. sur ces conditions : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 381, n° 394.

[1843] C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2^e^ éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 35, n° 30. *Adde* : H. DECKERS et A. MORTIER, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 8-9, n° 10 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 908-909, n° 1240.

[1844] S. WILLEMART et M. WILLEMART, « Examen de jurisprudence : 1995-2004. Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995) », *J.T.*, 2005, p. 94. D'autres auteurs ne s'accordent pas avec ce point de vue. Voy. not. : F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1121-1122, n° 1194 ; Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, p. 127, n° 94.

[1845] F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 1121, n° 1194.

[1846] *Ibidem*, p. 1118, n° 1191.

[1847] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116. Sur la base de cet enseignement : W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15.

[1848] Voy. not. parmi l'abondante littérature consacrée à ce propos : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Cambridge, 2016, pp. 815-832, n^os^ 1398-1421 ; D. STERCKX et L. STERCKX, « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffectation des partenaires : la caducité ressuscitée ? », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 388-413 ; V. WYART, « De la clause de tontine à la liberté du partage », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *J.T.*, 2015, pp. 619-621 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 992-998 ; S. NUDELHOC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 350-408 ; R. BARBAIX, « Verval van de schenking door het verdwijnen van de doorslaggevende

Dans ce contexte, plusieurs auteurs se réfèrent à l'interdiction de l'abus de droit pour justifier la dissolution d'un contrat dans lequel la confiance déterminante ou l'affection fait défaut[1849]. Concernant la rupture de l'affection dans les conventions de tontine et d'accroissement, D. Michiels écrit ainsi que « *Wanneer de bestaansreden van de tontine wegvalt en de overeenkomst geen zin meer heef,* vervalt deze*, zodat de partij die in deze omstandigheden aandringt op de uitvoering ervan, niet te goeder trouw handelt. Hierdoor ontstaat weer een toevallige onverdeeldheid en kan de uitonverdeelheidtreding worden bevolen door de rechtbank* »[1850].

Nous ne souscrivons pas entièrement à cette opinion : si la référence à l'interdiction de l'abus de droit se comprend, il ne faut pas en exagérer les effets dans le cadre de la disparition de la cause et donc de la confiance ou de l'affection. Les sanctions de l'abus n'ouvrent effectivement pas un droit à résiliation à la partie qui constaterait la disparition de la cause de son engagement ; de même, ces sanctions ne permettent pas aux magistrats de prononcer la dissolution de la convention, car les juridictions ne peuvent pas déchoir les parties de leurs prérogatives quand elles réduisent le droit à son usage normal ou qu'elles réparent le dommage causé par l'abus[1851]. Priver une partie du droit de se prévaloir d'une convention de tontine *pour* justifier la sortie de l'indivision sur la base de l'article 815 du Code civil revient ainsi *de facto* à la déchoir de ce droit pour l'avenir.

À notre sens, le principe général prohibant l'abus de droit permet aux cours et tribunaux de rejeter une demande d'exécution en nature d'une obligation ou d'un contrat dont la raison d'être vient à défaillir sans qu'il soit question de sa dissolution. S. Stijns indique, à juste titre, que « *Tot slot kan de schuldenaar zich beroepen op het verbod op rechtsmisbruik wanneer de gedwongen uitvoering* in natura *wordt gevorderd van een rechtshandeling ten bezwarende titel die haar bestaansreden of subjectieve oorzaak heeft verloren. Handelt immers op een wijze die manifest de grenzen te buiten gaat van de normale rechtsuitoefening, de partij die staat op de nakoming in*

---

beweegreden: het derde bedrijf », *R.W.*, 2008-2009, pp. 1666-1683 ; P. MOREAU, « La théorie de la caducité des libéralités par disparition de leur cause est-elle caduque ? », *Rev. not. b.*, 2009, pp. 694-754 ; S. STIJNS et H. GEENS, « Glorie en teloorgang van het verval van rechtshandelingen wegens de verdwijning van hun subjectieve oorzaak. Een duiding van het Cassatiearrest van 12 december 2008 inzake schenkingen », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers – Oxford, Intersentia, 2009, pp. 299-325 ; M.A. MASSCHELEIN, « Het verval van de schenking wegens het verdwijnen van de oorzaak: het einde van een lang verhaal », obs. sous Cass. 12 décembre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, pp. 240-246 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 81-105 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 86-134 ; F. PARISIS, « Vers un principe général de caducité des libéralités consécutive à l'effacement de leur cause », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 281-326 ; S.J. NUDELHOLE, « Une donation est-elle frappée de caducité par disparition de sa cause, survenue postérieurement à la conclusion du contrat ? », obs. sous Cass. 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 78-112 ; L. RAUCENT, « La disparition de la cause dans les donations : à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1989 », *R.G.D.C.*, 1990, pp. 261-268.

[1849] Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 998, n° 652 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 945, n° 1021 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 150, n° 197 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 105-111, nos 104-107.

[1850] Nous soulignons (D. MICHIELS, « Relatiebreuk beëindigt tontine », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.W.*, 2013-2014, p. 1628, n° 4). Voy. not. dans le même sens : L. SAUVEUR, obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2014, p. 491, n° 2.

[1851] Voy. la jurisprudence de la Cour de cassation à cet égard : Cass., 4 septembre 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 478 ; Cass., 21 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 38 ; Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150 ; Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1062 et 1064 ; Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

natura van een verbintenis of overeenkomst die haar reden van bestaan heeft verloren »[1852]. Ce point de vue s'accorde avec un arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 1989[1853].

317. Renégociation du contrat et place de la bonne foi. – Dans quelques cas particuliers, un événement peut rompre la confiance – ou l'ébranler pour certains[1854] – sans pour autant entrainer une impossibilité morale d'exécution. La poursuite de la relation contractuelle devient alors plus difficile, mais pas irrémédiablement impossible. La fusion par absorption l'illustre[1855]. Il en va ainsi, par exemple, dans « l'hypothèse de trois entreprises qui [sont] actionnaires d'une société à parts égales, c'est-à-dire sans que l'une d'elles dispose d'une majorité imposant ses vues aux autres. Si deux de ces entreprises actionnaires fusionnent entre elles, la troisième, tiers par rapport à la fusion, se retrouvera dans une position minoritaire tout à fait inconfortable et inacceptable »[1856].

Dans ce cas, une partie de la doctrine pense que les cocontractants peuvent encore régler leur différend à l'amiable : la victime de la rupture de la confiance peut accepter de poursuivre la convention moyennant son adaptation ou elle peut faire offre de continuer à exécuter ses obligations tout en négociant leur dissolution. Cette hypothèse s'apparente à une situation d'imprévision[1857]. Toutefois, si plusieurs auteurs plaident pour la consécration de cette théorie en droit belge[1858], la Cour de cassation en a rejeté l'existence lors de plusieurs arrêts[1859], sauf dans quelques domaines particuliers tels que celui de la vente internationale de marchandise[1860].

D'aucuns tempèrent cette carence par le principe de la bonne foi. L'exemple de la fusion précité en témoigne. Dans le domaine des sociétés où l'*intuitus personae* revêt un haut degré d'intensité, il est admis qu'un devoir de bonne foi impose à la société absorbée ou absorbante de proposer d'adapter ou de dissoudre le contrat ou, à tout le moins, de ne pas refuser l'offre de négociation émise par l'autre partie[1861]. Le rejet de toute renégociation par la société absorbée ou

---

[1852] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 150, n° 197.
[1853] Cass., 21 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 34.
[1854] En l'absence d'impossibilité morale d'exécution, les clauses contractuelles parlent parfois d'un fait ou d'un acte d'une partie qui « ébranle la confiance » plutôt que d'un fait ou d'un acte qui la fait disparaitre (voy. not. : Bruxelles, 24 mai 2012, *D.B.F.*, 2013, p. 136 ; Comm. Anvers, 24 juillet 2002, *D.B.F.*, 2002, p. 298). Selon nous, la terminologie importe peu dès lors que l'on s'accorde sur le fait que la disparition de la confiance peut parfois entrainer une impossibilité morale d'exécution ou qu'elle peut rendre la relation plus difficile à continuer dans d'autres cas.
[1855] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 198, n° 29 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 156, n° 28 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 260-261 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 347, n° 514.
[1856] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, p. 10.
[1857] H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 260-261.
[1858] Voy. not. à ce sujet : S. VAN LOOCK, « De imprevisieleer in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra*? », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 446 et suivantes ; D. PHILIPPE, « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 738 et suivantes.
[1859] Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 505. Dans le même sens : Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884 ; Cass., 30 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 744 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365.
[1860] Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.
[1861] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 199, n° 29 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 156, n° 28 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent

absorbante constitue alors un manquement à un devoir de collaboration loyale qui permet à son cocontractant de se prévaloir de la résolution judiciaire ou par déclaration[1862] (*infra*, n° 373).

C. Caducité par disparition de la cause subjective

318. Rappel de la notion de cause objective et de cause subjective. – La Cour de cassation a balisé les contours de la notion de cause depuis son arrêt du 13 novembre 1969, par lequel elle a affirmé que « la validité d'une opération juridique est subordonnée à l'existence d'une cause »[1863].

Depuis lors, les arrêts du 12 décembre 2008[1864], du 14 mars 2008[1865], du 21 décembre 2000[1866] ont marqué l'évolution de ce concept. Une double acception de la cause ressort de ces décisions. Notre analyse se focalisera essentiellement sur les actes conclus à titre onéreux.

La conception objective de la cause (*objectieve bestaansreden*) renvoie à la raison immédiate pour laquelle une partie s'engage, sans égard aux autres mobiles qui ont pu déterminer son engagement. Au sein des conventions synallagmatiques, la cause objective s'assimile classiquement à la prestation que l'autre partie doit accomplir. D'aucuns écrivent que cette cause « contrepartie » s'identifie à l'objet des obligations qui incombent au cocontractant. Par exemple, la cause objective du paiement du loyer par le locataire trouve son origine dans la prestation principale et corrélative de son bailleur, à savoir la mise à disposition du bien loué[1867].

Dans sa conception subjective (*subjectieve bestaansreden*), la cause repose sur les objectifs qui justifient l'engagement d'une partie, au-delà de la contrepartie que l'autre doit lui fournir. Sur le plan de la subjectivité des cocontractants, cette acception de la cause correspond aux mobiles déterminants qui les ont poussés à contracter et qui ont pénétré le champ contractuel[1868]. En outre, pour qu'un mobile intègre le champ contractuel, il faut démontrer qu'il était connu de l'autre partie ou à tout le moins que cette dernière ne pouvait l'ignorer[1869]. Dans cette logique, une personne peut

---

fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, p. 261.

[1862] *Ibidem*. Dans un sens similaire : *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.

[1863] Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 328, note P. VAN OMMESLAGHE.

[1864] Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934.

[1865] Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 710.

[1866] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.

[1867] P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 85, n° 72. Voy. not. sur la notion de cause objective : P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 47, n° 5 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 324, n° 393 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 283, n° 296 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 102, n° 141 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 96, n° 9.

[1868] Voy. not. sur la notion de cause subjective : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 328, n° 195 ; S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, p. 369, n° 18 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 283-284, n° 296 ; A. DE BOECK, « Oorzaak », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2010, p. 9, nos 13-14.

[1869] P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 48-49, n° 9 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 337, n° 200.

décider de louer une maison à l'étranger à la suite de son engagement dans une société nouvelle[1870] ; ce mobile propre au locataire constitue un objectif essentiel de son engagement et peut même pénétrer le champ contractuel si, par exemple, il en fait expressément part à son bailleur.

319. Caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause objective. – En droit belge, il est généralement admis que la disparition de la cause objective d'un acte juridique renvoie à la perte de son objet[1871]. Sous cet angle, la perte de la cause ne pose pas de difficultés : lorsque la cause objective vient à disparaitre, matériellement ou juridiquement, l'acte juridique concerné devient normalement impossible à exécuter en nature. La caducité emporte alors sa dissolution.

Dans cet ordre d'idées, afin de provoquer la dissolution d'un acte juridique, la disparition de l'objet doit créer une impossibilité d'exécution dotée de caractéristiques bien précises.

1° Selon la Cour de cassation, la théorie de la caducité d'un acte juridique par disparition de son objet constitue un principe général du droit[1872] : cette sorte de caducité s'envisage donc tant à l'échelle de l'obligation[1873] que du contrat[1874]. La caducité d'un droit ne se conçoit normalement pas à la base[1875]. Toutefois, comme le précise R. Jafferali, « la simple impossibilité pour le créancier d'exercer un droit n'entraine pas la caducité de l'obligation corrélative, mais lorsque cette dernière se trouve elle-même impossible à exécuter, ou lorsqu'une autre obligation du créancier devient pour la même cause impossible à exécuter, alors la caducité peut intervenir »[1876]. Le droit d'occuper un cinéma se dissout lorsque l'autorité retire la licence d'exploitation du preneur, puisque le bailleur ne peut plus lui mettre le bien à disposition selon sa destination initiale[1877].

2° Il y a place pour la caducité quand la perte de l'objet d'une obligation crée une impossibilité d'exécution en nature définitive[1878] ou à tout le moins durable[1879]. Cette impossibilité d'exécution a un caractère relatif : elle s'apprécie *in concreto* à la lumière des termes de l'acte, de

---

[1870] P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 70, n° 35.

[1871] Voy. not. S. STIJNS et H. GEENS, « Glorie en teloorgang van het verval van rechtshandelingen wegens de verdwijning van hun subjectieve oorzaak. Een duiding van het Cassatiearrest van 12 december 2008 inzake schenkingen », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers – Oxford, Intersentia, 2009, p. 304, n° 9 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 86, n° 72 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 101, n° 15.

[1872] Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1590.

[1873] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS ; Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2053.

[1874] Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70.

[1875] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 156-157, n° 13.

[1876] *Ibidem*.

[1877] Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270. Voy. not. sur cette décision : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 157, n° 13, spéc. note. 120.

[1878] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.

[1879] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159, n° 13. Voy. dans un sens similaire dans le domaine de la force majeure : Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

la formulation concrète de l'objet des obligations des parties[1880] et, à défaut de stipulations contractuelles, par référence au critère de l'homme normalement prudent et diligent[1881].

3° La caducité d'une obligation par disparition de son objet peut résulter de la faute du débiteur[1882] ou même d'un fait du créancier[1883]. Par exemple, dans son arrêt fondateur du 28 novembre 1980, la Cour de cassation a admis que le bailleur responsable de la perte de la chose louée puisse invoquer la dissolution, sans préjudice des dommages et intérêts dus au locataire[1884].

La disparition de la confiance ou de l'affection – les mobiles déterminants de l'engagement d'une partie – peut avoir indirectement un impact sur la cause objective d'un acte juridique. En effet, il arrive que ces sentiments s'avèrent à ce point importants que les parties s'incorporent dans les prestations qu'elles doivent accomplir. Dans ce cas, si la simple rupture de la confiance ou de l'affection n'entraine pas la disparition de l'objet même de l'acte juridique concerné, elle peut néanmoins provoquer sa paralysie durable. Cette idée explique la dissolution de certains contrats *intuitu personae* au sens strict lors d'une mésintelligence entre les parties (*infra*, n[os] 324-331).

320. Caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective : aperçu des arrêts essentiels de la Cour de cassation. – La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sort de la caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective. Son statut pose plus difficultés par rapport à celui de la cause objective. Mais, avant de faire état des certitudes et incertitudes à ce propos, il convient de donner un aperçu de quatre arrêts essentiels en la matière.

Un premier arrêt du 16 novembre 1989 a semé le trouble[1885]. *In casu*, la Cour de cassation a décidé que « la cause d'une donation entre vifs ou testamentaire ne réside pas exclusivement dans l'intention libérale du disposant, mais dans celui des mobiles qui l'a inspiré principalement et qui l'a conduit à donner ou à léguer »[1886]. Ensuite, elle a ajouté que « lorsque par l'effet d'un événement indépendant de la volonté du donateur, la raison d'être déterminante de la donation vient à défaillir ou à disparaître, le juge du fond peut constater la caducité de cette libéralité, si, d'après les termes mêmes de cette disposition ou de l'interprétation de la volonté de son auteur, il est impossible de la séparer des circonstances qui l'ont amenée et sans lesquelles elle n'aurait pas de raison d'être »[1887]. Pour la Cour de cassation, la disparition de la cause d'une donation entre vifs pouvait provoquer sa caducité, en dépit de son irrévocabilité et du fait qu'elle ait déjà sorti ses effets.

[1880] Cass., 12 décembre 1991, *R.C.J.B.*, 1994, p. 7, note Fr. GLANSDORFF ; Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 71, note P.A. FORIERS.

[1881] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159, n° 13 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 63, n° 66 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 89, n° 45.

[1882] Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70.

[1883] Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2053.

[1884] Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70.

[1885] Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE. Selon certains auteurs, cet arrêt constitue plus une application de la condition résolutoire tacite que d'un véritable cas de caducité par disparition de la cause de la donation entre vifs (L. RAUCENT, « La disparition de la cause dans les donations : à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1989 », *R.G.D.C.*, 1990, p. 267, n° 19 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 101, n° 100).

[1886] *Ibidem.*

[1887] *Ibidem.*

Dans un arrêt du 21 janvier 2000[1888], la Cour de cassation devait se prononcer sur la caducité d'un testament et d'un acte de renonciation par la disparition de leur cause subjective. S'agissant de la caducité du testament, la Cour de cassation a indiqué « Que l'existence de la cause doit être appréciée au moment de la formation de l'acte dont elle constitue une condition de validité et que sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte »[1889]. Selon elle, « lorsque par l'effet d'un événement indépendant de la volonté du disposant, la raison d'être déterminante vient à défaillir ou à disparaître, le juge du fond peut constater la caducité de cette libéralité si, d'après les termes de cette disposition ou l'interprétation de la volonté de son auteur, il est impossible de la séparer des circonstances qui l'ont amenée et sans lesquelles elle n'aurait pas de raison d'être ; Que, cependant, la disparition de la cause ne peut entraîner la caducité de cette libéralité que pour autant qu'elle survienne avant le décès du testateur ; que si elle survient après celui-ci, elle demeure sans effet »[1890]. En conclusion, la Cour de cassation a rejeté la caducité du testament par disparition de sa cause subjective et, pour des motifs similaires, celle des renonciations. Il s'agit là d'un *revirement net* par rapport à la décision du 16 novembre 1989[1891].

La Cour de cassation a continué sur sa lancée dans une décision du 12 décembre 2008[1892]. La Cour a rejeté la caducité d'une donation entre vifs par disparition de sa cause, en confirmant que « L'existence d'une cause au sens des articles 1108 et 1131 du Code civil doit, en principe, être appréciée au moment de la naissance de l'acte juridique dont elle constitue une condition de validité. Sa disparition ultérieure est, en règle, sans incidence sur la validité de l'acte. Cela vaut aussi pour les donations entre vifs. En outre, les donations ne peuvent être révoquées que dans les circonstances visées à l'article 953 du Code civil »[1893]. Au départ de cette affirmation, la Cour a cassé la décision qui a admis la caducité sur la base d'événements survenus après la donation. Seule la disparition de la cause d'une offre de donation peut donc encore avoir un impact en la matière[1894].

Enfin, même si cette opinion ne crée pas de consensus[1895], nous pensons qu'un arrêt du 6 mars 2014 a ouvert la voie à une nouvelle piste de caducité d'un acte juridique à la suite de la

---

[1888] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.
[1889] *Ibidem*, spéc. p. 170.
[1890] *Ibidem*, spéc. p. 168.
[1891] Voy. not. en ce sens : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Cambridge, 2016, p. 829, n° 1418 ; R. BARBAIX, « Verval van de schenking door het verdwijnen van de doorslaggevende beweegreden: het derde bedrijf », *R.W.*, 2008-2009, p. 1670, n° 11 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 122-123, n° 32.1 ; P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de la Cour de casation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 677, n° 9.
[1892] Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934.
[1893] *Ibidem*, spéc. p. 2939.
[1894] Voy. not. : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Cambridge, 2016, p. 829, n° 1418 ; P. MOREAU, « Les donations entre vifs », in *Libéralités et successions*, P. MOREAU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 134, Limal, Anthemis, 2012, p. 145, n° 50.
[1895] La portée et les fondements de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2014 suscitent d'importants débats en doctrine belge. Dans ce contexte, il est vrai que certains auteurs considèrent cette décision comme une application de la théorie de l'interdiction de l'abus de droit (voy. not. : D. MICHIELS, « Relatiebreuk beëindigt tontine », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.W.*, 2013-2014, pp. 1625-1628 ; L. SAUVEUR, obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2014, pp. 492-493, n° 4), ou de la théorie néerlandaise et française de la disparition du but contractuel (S. STIJNS et A. MARISSENS, « Over verdwijnende beslissende beweegredenen in het voortbouwende overeenkomst. Een lezing van het "tontine-arrest" vanuit het verbintenissenrecht », in *Liber amicorum Patrick Senaeve*, Malines, Kluwer, 2017, pp. 464-465, n° 24) ou encore de la condition résolutoire tacite (P.A. FORIERS, « Caducité par perte de l'objet de l'obligation et disparition de sa raison d'être », obs. sous Cass. 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 521, spéc. note 4).

disparition de sa cause subjective[1896]. Cette affaire concerne les effets de la rupture de l'affection dans une clause de tontine. La Cour de cassation rappelle d'abord que « L'existence d'une cause au sens des articles 1108 et 1131 du Code civil doit en principe être appréciée au moment de la naissance de l'acte juridique dont elle constitue une condition de validité. Sa disparition ultérieure est, en principe, sans incidence sur la validité de l'acte juridique »[1897]. Ensuite, au départ de ces dispositions relatives à la cause subjective des actes juridiques, la Cour a ajouté qu'une « convention de tontine qui se construit sur la base d'une relation de fait ou juridique existant entre les parties cesse toutefois d'exister lorsque ces rapports sous-jacents prennent fin, de sorte que l'exécution ultérieure de cette convention est privée de tout sens »[1898]. Sur la base de ces énonciations, la Cour a confirmé la décision attaquée, en décidant que « dès lors que la cause de la convention qui se situe "dans les liens affectifs existant entre les copartageants et qui a pour but la gestion commune du bien et la garantie des droits de chacun après le décès de l'un d'entre eux" "perd sa raison d'être" lorsque les liens sont rompus, de sorte que la clause de tontine est sans effet »[1899]. Cette décision peut s'expliquer par les fondements de la caducité (*infra*, n[os] 322 et 328).

321. Premier acquis : rejet de principe de la caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective. – Des arrêts qui précèdent, il ressort que la Cour de cassation fait preuve de prudence lorsqu'elle aborde la théorie de la caducité par disparition de la cause subjective. Un point relie les arrêts du 21 janvier 2000, du 12 décembre 2008 et du 6 mars 2014 : selon la formule employée par la haute juridiction, la disparition de la cause subjective – c'est-à-dire d'un mobile déterminant – d'un acte juridique n'implique pas, *en règle*, sa caducité et donc son extinction[1900].

La Cour de cassation ne s'explique pas sur les raisons de cette opinion. Il nous semble que ce principe ressort du fondement de la théorie de la caducité : la disparition d'un mobile déterminant n'entraine normalement pas l'impossibilité d'exécuter l'acte concerné en nature[1901]. Par exemple, lorsqu'une personne loue une maison à l'étranger en raison de son nouvel emploi, la perte de ce travail après la conclusion de la convention ne rend pas ses obligations locatives

[1896] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.
[1897] *Ibidem*, p. 615.
[1898] *Ibidem*, pp. 615-616.
[1899] *Ibidem*, p. 616.
[1900] La plupart des auteurs belges s'accordent sur ce principe. Voy. not. : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Cambridge, 2016, p. 826, n° 1415 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 998, n° 652 ; S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, p. 405, n° 41 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2[e] éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 946, n° 1021 ; M.A. MASSCHELEIN, « Het verval van de schenking wegens het verdwijnen van de oorzaak: het einde van een lang verhaal », obs. sous Cass. 12 décembre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 244, n° 9 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, pp. 149-150, n° 197 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 99, n[os] 11-12.
[1901] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 96, n° 94. Dans le même sens : S. STIJNS et H. GEENS, « Glorie en teloorgang van het verval van rechtshandelingen wegens de verdwijning van hun subjectieve oorzaak. Een duiding van het Cassatiearrest van 12 december 2008 inzake schenkingen », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers – Oxford, Intersentia, 2009, p. 306, n° 13 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 126, n° 34.

impossibles à exécuter en nature[1902] ; admettre la caducité reviendrait à soumettre l'efficacité des contrats au changement d'attitude des cocontractants et donc à leur conférer un droit de résiliation simplement ou purement potestatif, qui ne se concilie pas avec l'article 1134 du Code civil[1903].

322. Deuxième acquis : exceptions au rejet de la caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective. – Le rejet de la caducité par disparition de la cause subjective ne constitue pas une règle absolue : les termes de l'arrêt du 21 janvier 2000 suggèrent l'existence d'exceptions[1904] ; la décision du 6 mars 2014 le confirme également[1905]. Selon nous, ces dérogations valent pour tous les actes juridiques, qu'ils soient conclus à titre onéreux ou à titre gratuit, compte tenu de la généralité des termes employés par la Cour suprême[1906] (*supra*, n° 320).

Six conditions balisent la reconnaissance de la caducité par perte de la cause subjective.

1° La Cour de cassation appréhende la caducité par disparition de la cause subjective à l'échelle de l'acte juridique. Elle l'a ainsi rejetée dans le domaine des donations[1907] et des renonciations[1908]. En revanche, elle l'admet dans le cadre des testaments[1909] et dans celui des conventions de tontine[1910]. Par extension, il est possible que la caducité concerne une obligation[1911].

2° La perte de la cause subjective doit s'avérer postérieure à la formation de l'acte juridique pour entrainer sa caducité[1912]. En effet, si la disparition d'un mobile s'avère contemporaine de sa conclusion, il y a place pour une erreur sur la cause au sens de l'article 1131 du Code civil[1913]. Aussi existe-t-il un truisme à affirmer, comme le fait la Cour de cassation[1914], que la disparition de la cause postérieurement à la formation de l'acte juridique n'affecte pas sa validité. À notre sens, c'est plutôt l'efficacité de l'acte juridique qui se trouve affectée par la perte du mobile déterminant.

3° La caducité par disparition de la cause subjective s'envisage quand l'acte juridique peut encore sortir ses effets : si son extinction a déjà pris place, par exemple par le paiement de ses

---

[1902] Sur cet exemple : P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 70, n° 35.

[1903] P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 86, n° 72 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 99, n° 12.

[1904] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.

[1905] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.

[1906] Voy. pour un panorama de ces exceptions : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 946-947, n° 1021 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 150, n° 197.

[1907] Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934.

[1908] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.

[1909] *Ibidem.*

[1910] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.

[1911] J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 97, n° 9. Cette idée semble acquise dans le domaine de la caducité par disparition de l'objet. Voy. not. R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 156-157, n° 13.

[1912] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 615 ; Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.

[1913] Voy. not. : S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, p. 405, n° 42, spéc. note 217.

[1914] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 615 ; Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2939 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 170.

obligations, l'acte ne peut plus s'éteindre une deuxième fois. Ce principe explique pourquoi la Cour considère que la disparition de la cause ne peut entrainer la caducité du testament « que pour autant qu'elle survienne avant le décès du testateur »[1915]. La loi présume que la volonté du testateur persiste jusqu'à ce moment, de sorte que la disparition ultérieure de la cause reste sans effet[1916].

4° Les principes applicables à l'acte juridique concerné ne doivent pas s'opposer à sa caducité par disparition de sa cause subjective. C'est pour cette raison qu'il ne peut y avoir de caducité des donations entre vifs : d'une part, la disparition de leur cause ne pourrait avoir d'effets compte tenu du principe de l'irrévocabilité de ces libéralités ; l'article 953 du Code civil prévoit, d'autre part, les circonstances dans lesquelles les donations peuvent être révoquées[1917]. Dans le sillage de cette idée, la perte de la cause d'un acte abstrait ne peut donc pas entrainer son extinction.

5° Dans le domaine des libéralités testamentaires, la Cour de cassation enseigne également que la caducité du testament par disparition de sa cause subjective doit résulter d'un événement indépendant de la volonté du disposant[1918]. Cette idée de « non-imputabilité » pose question[1919]. Toutefois, même si la Cour ne l'affirme pas explicitement, la sécurité juridique nous parait imposer cette condition tant pour les actes à titre onéreux que pour ceux à titre gratuit[1920] (*infra*, n° 331).

6° La disparition de la cause subjective entraine la caducité lorsque « d'après les termes de cette disposition ou l'interprétation de la volonté de son auteur, il est impossible de la séparer des circonstances qui l'ont amenée et sans lesquelles elle n'aurait plus de raison d'être »[1921]. Cette formulation laisse perplexe. Selon nous, elle peut signifier qu'il y a place pour la caducité lorsque la disparition des mobiles déterminants de l'acte juridique litigieux – les circonstances qui l'ont amené et qui justifient sa raison d'être – le *rend impossible à exécuter* – quand il est donc impossible de le séparer de ces circonstances disparues[1922]. Dans cette logique, à l'instar de la

---

[1915] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168.

[1916] Voy. not. : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Cambridge, 2016, p. 828, n° 1417 ; P. MOREAU, « Les donations testamentaires », in *Libéralités et successions*, P. MOREAU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 134, Limal, Anthemis, 2012, p. 281, n° 101 ; S.J. NUDELHOLE, « Une donation est-elle frappée de caducité par disparition de sa cause, survenue postérieurement à la conclusion du contrat ? », obs. sous Cass. 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 105-106, n° 29.

[1917] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 998, n° 652 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 150, n° 197 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 124, n° 32.2 ; P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 677, n° 9.

[1918] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.

[1919] Voy. pour un exposé de cette problématique : S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 109-110, n° 63.

[1920] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 106, n° 146 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 101, n° 100 et p. 141, n° 135 ; T. DE LOOR, « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, p. 775, n° 54.

[1921] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168. Voy. également pour une formulation similaire : Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE. Certains auteurs voient, dans cet arrêt, l'existence d'une condition résolutoire tacite (P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 100-101, n° 100).

[1922] Cette lecture des termes employés par la Cour de cassation présente l'avantage de doter la caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective d'un critère d'application en accord avec les fondements de ce mode de dissolution. En outre, la référence à l'impossibilité d'exécution permet d'évacuer le recours à la bonne foi ou à

caducité par disparition de l'objet, l'impossibilité d'exécution se comprend de façon relative[1923] : elle s'apprécie ainsi *in concreto* à la lumière des termes de l'acte[1924], de la formulation de l'objet des obligations des parties[1925], de leur raison d'être[1926] – c'est-à-dire de la finalité contractuelle – et, à titre complémentaire, compte tenu du critère de l'homme normalement prudent et diligent.

323. Disparition de la cause subjective et caractéristiques de base de l'impossibilité morale d'exécution. – À notre sens, la disparition de la cause subjective d'un acte juridique provoque sa caducité lorsque cette perte crée une impossibilité d'exécution. Dans certaines circonstances, il arrive que la rupture de la confiance déterminante ou de l'affection implique l'impossibilité *morale* de poursuivre l'exécution d'une convention *intuitu personae* fondée sur ces sentiments.

Conceptualiser cette sorte d'impossibilité d'exécution relève de la véritable gageure dans la mesure où la doctrine belge ne s'y intéresse que depuis peu de temps[1927]. À ce stade, nous relèverons trois caractéristiques de base qui constituent les premiers jalons de son régime.

Primo, certains auteurs estiment à bon droit que l'impossibilité morale d'exécution se situe dans le registre des obstacles relatifs à l'exécution des obligations issues d'un contrat[1928]. La disparition de la confiance déterminante ou de l'affection entraine donc la dissolution d'un acte juridique sans qu'il soit nécessaire de constater un obstacle *absolu*, à savoir insurmontable indépendamment du contenu des obligations et des capacités de la partie qui s'en prévaut[1929]. En revanche, à l'instar des principes admis dans le domaine de la théorie de la caducité, une impossibilité d'exécution *relative* nécessite toujours de tenir compte du libellé des obligations des parties et des capacités d'un cocontractant normalement prudent et diligent (*supra*, n° 322).

Secundo, l'impossibilité morale se conçoit dès lors qu'il existe un obstacle psychologique et non matériel à l'exécution des obligations. P.A. Foriers écrit, à ce sujet, que la perte de la confiance « débouche donc sur une forme d'impossibilité d'exécution. […] La seule particularité

---

l'interdiction de l'abus de droit pour statuer sur la dissolution d'un acte juridique – et éventuellement la constater – dont le mobile déterminant a disparu après sa formation (voy. not. en ce sens : Anvers, 21 février 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 499). Voy. not. concernant le lien qui existe entre l'impossibilité d'exécution et la caducité d'un acte juridique par la disparition de sa cause subjective : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 21, n° 17 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 117, n° 69.

[1923] S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 89, n° 45.

[1924] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.

[1925] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616.

[1926] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.

[1927] Voy. not., en droit belge, pour les premières tentatives de conceptualisation de cette impossibilité d'exécution dans le domaine de la force majeure : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, p. 235, n° 19 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 410, n° 7.2.

[1928] *Ibidem*.

[1929] La Cour de cassation reste attachée au caractère absolu de l'impossibilité d'exécution dans le domaine de la force majeure (Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 492 ; Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 285 ; Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782). Toutefois, à juste titre, d'aucuns plaident en faveur du caractère relatif de l'impossibilité d'exécution. Voy. pour les auteurs à la base de cette idée : R. KRUITHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 296-299, n° 12 ; J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sous Cass. 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 94-96, n^{os} 5-7.

est que cette impossibilité ne paralyse pas à proprement parler le débiteur de l'obligation concernée. Elle empêche une des parties de poursuivre l'exécution du contrat dans son ensemble, faute de confiance dans l'autre »[1930] ; de même, pour le contrat de travail, J. Clesse relève « [qu'on] enseigne effectivement que l'impossibilité requise pour l'existence du motif grave n'est ni matérielle, ni absolue. Il ne s'agit pas […] d'une impossibilité radicale d'exécuter une obligation mais de l'impossibilité morale de continuer à travailler avec le cocontractant »[1931]. Enfin, selon M. Jamoulle, l'impossibilité morale renvoie à « une situation psychologiquement intenable »[1932], qui n'implique pas la perte matérielle ou juridique de l'objet de l'acte juridique concerné[1933].

Tertio, dans la mesure où l'impossibilité morale frappe normalement l'ensemble des obligations contractuelles dans un contrat bipartite, nous raisonnerons à l'échelle du contrat dans la suite de cette section et non à l'échelle des droits ou des obligations[1934]. Nous ne nous interrogerons donc pas sur le passage de l'obligation ou du droit au contrat lors de la survenance d'une mésintelligence (*infra*, n[os] 324-331) ou d'un motif grave entre les parties (*infra*, n[os] 332-342).

§3. – Impossibilité morale d'exécution résultant d'une mésintelligence entre les parties

324. Notion et caractéristiques de la mésintelligence à la base d'une impossibilité morale d'exécution. – Certaines dispositions légales et plusieurs décisions de justice montrent qu'une mésintelligence entre les parties peut entrainer la dissolution d'un contrat contenant des obligations *intuitu personae* au sens strict (**A**). Dans cette perspective, la mésentente des cocontractants doit constituer un obstacle psychologique durable et non imputable à la partie qui s'en prévaut (**B**).

A. Notion de mésintelligence

325. Fondements de la mésintelligence. – La mésintelligence entre les cocontractants renvoie à la mésentente ou à la discorde qui survient entre eux[1935]. Dans les faits, une telle inimitié peut entrainer l'impossibilité morale d'exécuter les obligations issues de certaines conventions.

Les articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations constituent le terrain d'élection de la mésintelligence. Le libellé de l'article 2:73, alinéa 2, de ce code prévoit effectivement la dissolution judiciaire des sociétés personnalisées ou non personnalisées quand il y a de justes motifs de dissolution, c'est-à-dire « non seulement lorsqu'un actionnaire ou un associé manque gravement à ses obligations ou lorsque son infirmité le met dans l'impossibilité d'exécuter celles-ci, mais encore dans tous les cas qui rendent impossible la poursuite normale des affaires sociales, telle la mésintelligence grave et durable des actionnaires ou des associés ». Ces dispositions traduisent les principes admis dans le cadre de l'ancien article 45 du Code des

[1930] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.
[1931] J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31.
[1932] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190.
[1933] P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 184, n° 416 ; J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31.
[1934] Voy. not. dans ce sens : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.
[1935] H. MATSOPOULOU, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. sociétés*, 1998, p. 24, n° 8 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 400, n° 481.

sociétés[1936]. Dans ce paragraphe, nous aurons égard à ces dispositions bien qu'elles consacrent la *dissolution judiciaire* de la société. Les principes qu'elles contiennent nous paraissent transposables au régime de la résiliation pour impossibilité morale d'exécution. Nous analyserons aussi ces articles, dans la mesure où ils concernent la mésintelligence et non les fautes contractuelles des associés ou actionnaires. Partant, nous étudierons les décisions dédiées aux anciens articles 343, 386 et 645 du Code des sociétés, qui consacraient la dissolution de la SPRL, de la SCRL et de la SA en justice pour justes motifs dont la mésintelligence faisait partie.

En outre, une mésentente peut provoquer une impossibilité morale d'exécution en dehors de dispositions particulières prévues à cet effet. Plusieurs décisions des juridictions belges et françaises le démontrent : ainsi la disparition de la confiance ou de l'affection affecte-t-elle, en particulier, les conventions de tontine ou d'accroissement[1937] et celles de bail à nourriture[1938].

326. Mésintelligence dans les contrats *intuitu personae* au sens strict. – Les conventions de société, de tontine ou d'accroissement et de bail à nourriture partagent un point commun. En pratique, elles comportent souvent toutes les trois un *intuitus personae* au sens strict, c'est-à-dire de haute intensité. Nous résumons les traits essentiels qui caractérisent ce caractère (*supra*, n° 282).

Il existe d'abord un *intuitus personae* au sens strict lorsqu'une partie s'incorpore dans le contenu de l'obligation qu'elle doit accomplir. Un peintre réputé se réifie dans la toile qu'il doit peindre pour son client, de sorte qu'il doit la réaliser personnellement et qu'il ne peut pas demander à un tiers de se substituer à lui. Un tel *intuitus personae* se conçoit aussi quand un cocontractant s'incorpore dans son droit, c'est-à-dire dans la prestation que son débiteur doit lui fournir[1939]. Un crédité professionnel se réifie dans son droit de faire appel au crédit, puisque ses qualités définissent l'ampleur et les modalités de l'obligation de mise à disposition des fonds par la banque[1940].

Un haut degré de confiance se rencontre régulièrement quand l'exécution des obligations contractuelles requiert une collaboration étroite entre les cocontractants. C'est le cas dans les sociétés non personnalisées, telles que la société momentanée[1941], le consortium[1942] ou l'actuelle société simple[1943]. Pareille collaboration s'observe dans les sociétés personnalisées, comme la

---

[1936] Comm. Liège, 11 janvier 2017, *J.D.S.C.*, 2017, p. 337, note M. LEMAL ; Mons, 27 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 960 ; Bruxelles, 31 mai 2005, *T.R.V.*, 2006, p. 331 ; Comm. Bruges, 21 octobre 2004, *R.W.*, 2006-2007, p. 590 ; Comm. Nivelles, 26 juillet 1994, *T.R.V.*, 1994, p. 590

[1937] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612 ; Civ. Hasselt, 17 avril 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 409 ; Civ. Gand, 2 septembre 2003, *T. Not.*, 2005, p. 409 ; Civ. Bruxelles, 12 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1018.

[1938] Voy. not. en droit français : Cass. fr. 1re civ., 8 janvier 1980, *RTD. Civ.*, 1980, p. 781, obs. G. CORNU ; Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131 ; Cass. fr. req., 20 octobre 1936, *D.H.*, 1936, p. 554 ; Cass. fr. req., 20 octobre 1936, *D.H.*, 1936, p. 555.

[1939] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 582, n° 635 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401. En droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28.

[1940] Les droits issus d'une ouverture de crédit ont un caractère personnel : Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100. Voy. dans le même sens : J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 196, n° 15.

[1941] D. VAN GERVEN, « Kroniek vennootschapsrecht (2007-2008) », *T.R.V.*, 2008, p. 469, n° 8.

[1942] Voy. not. en droit français : Ch.-H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 31-32, n° 47.

[1943] Voy. not. sur la portée de l'*intuitus personae* dans la société simple du Code des sociétés et des associations :F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, pp. 949-950, nos 18-19.

SPRL ou la SA, lorsqu'elles prennent notamment place dans un contexte familial[1944]. En outre, une relation d'affection peut justifier la présence d'un *intuitus personae* au sens strict. Le contrat de bail à nourriture s'inscrit certainement dans cette logique dès lors qu'il repose sur des liens familiaux ou d'amitié[1945] ; une convention de tontine ou d'accroissement sur un bien indivis, au sein des couples, repose généralement sur l'affection mutuelle des copartageants[1946].

En revanche, une mésintelligence n'implique normalement pas d'impossibilité morale d'exécution, *à elle seule*, lorsque l'exécution des obligations des parties ne se fonde pas sur leur collaboration étroite ou sur l'affection. Le contrat de bail à ferme en témoigne. En effet, selon l'article 7 de la loi sur les baux à ferme, la mésentente ne constitue pas un motif sérieux de résiliation en elle-même. Ce choix législatif s'explique sans doute par le fait, comme le suggère G. Kostic en droit français, que « pour entrainer la résiliation du contrat, cette même mésintelligence ne suffisant pas en elle-même pour prouver la remise en cause de l'exploitation du fonds, il faut désormais déterminer en quoi les agissements du preneur peuvent conduire à un tel résultat »[1947].

Dans ce contexte, il apparait qu'une mésintelligence durable et persistante peut emporter la dissolution d'autres contrats *intuitu personae* au sens strict fondés sur un haut degré de confiance entre les parties : ainsi en est-il dans la plupart des franchises de distribution[1948], dans certains contrats de *sponsoring*[1949], dans certains contrats d'édition[1950], dans les contrats d'*outsourcing*[1951] ou encore dans les conventions conclues entre les artistes et les galeries ou marchands d'art[1952].

B. Caractères de l'impossibilité morale d'exécution résultant d'une mésintelligence

1) Un obstacle psychologique

327. Mésintelligence comme obstacle psychologique paralysant l'exécution de l'objet des obligations. – Il arrive que la dégradation de la bonne intelligence entre les cocontractants suffise à rendre un contrat *intuitu personae* au sens strict moralement impossible à poursuivre.

[1944] Comm. Dendermonde, 7 novembre 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 141 (somm.). Voy. not. en droit français : A. MORIN, « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD. Com.*, 2000, pp. 323-324, n° 36 ; S. HÉLOT, « La place de l'*intuitus personae* dans la société de capitaux », *D.*, Chron., 1991, pp. 143-144.

[1945] M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Les soins à la croisée des chemins de la planification patrimoniale, de la philanthropie et de la protection des personnes vulnérables », *R.P.P.B.I.*, 2017, p. 47, n° 5. En droit français : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 301-302, n^{os} 426-427.

[1946] C. ROUSSIEAU, « La modalisation des clauses d'accroissement quant à leur durée : quelles évolutions ? », *Rev. not. n.*, 2019, pp. 6-7, n° 1 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 522-523, n° 455.

[1947] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 406, n° 589.

[1948] Voy. sur la confiance dans le contrat de franchise : S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 68, n° 88.

[1949] Voy. sur l'importance de la confiance et ses effets dans le contrat de *sponsoring* : W. SWINNEN, « De kwalificatie als sponsoringovereenkomst », obs. sous Liège 6 juin 2011, *D.A.O.R.*, 2012, p. 42, n° 7 ; B. TILLEMAN, « De sponsoringovereenkomst », *Jura Falc.*, 1986-1987, p. 204.

[1950] T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189. Voy. sur la variabilité de la confiance dans le contrat d'édition : C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Litec, 2006, pp. 337-338, n° 424 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 346-347, n° 430.

[1951] Voy. sur l'importance de la confiance et de ses effets dans le contrat d'*outsourcing* : C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 137-146, n^{os} 224-244.

[1952] Paris, 14 juin 1966, *Gaz. Pal.*, 1966, 2, jur., p. 265. *Adde* : F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123, point n° I. A. 1°.

À notre sens, cette idée s'explique par le lien étroit qui existe entre l'objet des obligations contractuelles et la partie chargée de l'exécuter. Dans ces conventions *intuitu personae*, la confiance ou l'affection s'avère à ce point importante que sa disparition paralyse la relation entre les cocontractants au point de les empêcher d'exécuter l'objet de leurs obligations[1953]. Dans ce cas de figure, la caducité se justifie donc par le fait que la perte d'un mobile déterminant – la confiance ou l'affection – rend les obligations des parties psychologiquement impossibles à exécuter[1954].

Les articles 2:73 et 4:17 du Code de sociétés et des associations illustrent ces propos. La mésintelligence grave et durable figure parmi les justes motifs de dissolution de la société. Ces deux dispositions rangent cette notion dans l'un des cas « qui rendent impossible la poursuite normale de la relation des affaires sociales ». Selon les principes admis dans le cadre de l'ancien article 45 du Code des sociétés, le juge peut prononcer la dissolution de la société dès lors que la mésintelligence paralyse durablement son fonctionnement[1955]. Cette paralysie se matérialise généralement par le blocage des organes de la société[1956] : la rupture de la confiance – mobile déterminant – paralyse alors psychologiquement l'exécution de l'objet social de la société[1957].

Le contrat de bail à nourriture fournit un autre exemple[1958]. Dans un arrêt de la Cour de cassation française du 21 avril 1976[1959], un bailleur à nourriture ne pouvait plus supporter la cohabitation avec les preneurs. La discorde des parties prit une telle ampleur qu'il déménagea de son logement. Dans cette affaire, la Cour de cassation française a confirmé la décision des juges du fond, pour lesquels « il est ainsi établi qu'entre les parties a existé une mésentente rendant impossible l'exécution de la convention du 26 janvier 1972 »[1960]. La perte de la confiance – mobile déterminant des parties – avait atteint un tel point qu'elle faisait psychologiquement obstacle à l'exécution de l'obligation de cohabitation. Toutefois, afin ne pas porter atteinte à la survie du

---

[1953] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 123-124, n[os] 116-117. Dans le même sens en droit français : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 400-401, n° 581.

[1954] J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 101, n[os] 14-15. Voy. pour la même observation à propos de la caducité des clauses de tontine ou d'accroissement : D. STERCKX et L. STERCKX, « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffectation des partenaires : la caducité ressuscitée ? », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, p. 412, n° 23.

[1955] J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5[e] éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 344, n° 649 ; M. LEMAL, « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 788, n° 1898 ; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. IV, *Verenigingen en vennootschappen*, deel II A, *De vennootschap*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 812-813, n° 495 ; O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – questions spéciales*, O. CAPRASSE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 293-294, n° 135 ; B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 204-205, n° 393 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 307, n° 1655.

[1956] Voy. not. en jurisprudence belge : Comm. Liège, 11 janvier 2017, *J.D.S.C.*, 2017, p. 337, note M. LEMAL ; Mons, 27 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 960.

[1957] B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 204-205, n° 393.

[1958] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 350, n° 353. Voy. en droit français : Ph. MALHAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7[e] éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2014, pp. 591-592, n° 1005.

[1959] Cass. fr. 1[re] civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.

[1960] *Ibidem*.

bailleur à nourriture, la Cour de cassation a admis la conversion de l'obligation de cohabitation en une rente viagère. Nous verrons que ce pouvoir exorbitant pose question[1961] (*infra*, n° 346).

328. Appréciation de l'impossibilité morale à la lumière de la finalité contractuelle. – Une partie de la doctrine souligne que l'étendue d'une obligation se mesure à l'aune de la volonté des cocontractants, comme l'article 1156 du Code civil le prescrit[1962]. Selon ces auteurs, il convient d'admettre que la portée exacte de leur intention commune se détermine notamment à la lumière de leurs attentes, c'est-à-dire de l'objectif qu'ils poursuivent concrètement dans chaque affaire[1963].

De ce fait, il nous semble que la référence à l'objectif poursuivi *in concreto* par les parties aide à déterminer si l'objet de leurs obligations contractuelles devient moralement impossible à exécuter et donc s'il existe d'une mésintelligence entre elles. Dans plusieurs décisions, il apparait d'ailleurs que la Cour de cassation se réfère à *la raison d'être* de l'acte juridique quand elle se prononce sur la légalité d'une décision qui conclut à la disparition de sa cause[1964] (*supra*, n° 322).

La caducité des conventions de tontine et d'accroissement illustre ce principe. Lorsque ces clauses se fondent sur des liens d'affection, D. Sterckx et L. Sterckx écrivent à juste titre que la rupture de la relation entre les parties provoque leur caducité, parce que les obligations contractuelles ont normalement pour objet « la gestion commune et le sort ultime du bien arrêtés *par des partenaires liés par des liens affectifs* »[1965]. La perte du mobile déterminant de ces conventions – l'affection entre les copartageants – rend donc l'exécution de leur objet psychologiquement impossible – la gestion commune du bien indivis –, tel que précisé à l'aune de leur objectif initial – la garantie des droits de la partie dans laquelle l'affection résidait et sa subsistance après le décès de l'autre[1966]. La paralysie de l'objet de ces conventions ne fait aucun doute lorsque les parties n'arrivent même plus à négocier la sortie d'indivision (*infra*, n° 330).

La référence à la finalité contractuelle se retrouve dans des décisions prononcées à propos de l'ancien article 45 du Code des sociétés, c'est-à-dire des articles 2:73 et 4:17 du Code des

---

[1961] Voy. not. M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Les soins à la croisée des chemins de la planification patrimoniale, de la philanthropie et de la protection des personnes vulnérables », *R.P.P.B.I.*, 2017, p. 53, n° 32 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 350, n° 353. En droit français : Ph. MALHAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2014, pp. 591-592, n° 1005 ; G. CORNU, obs. sous Cass. fr. 1re civ., 8 janvier 1980, *RTD. Civ.*, 1980, p. 782.

[1962] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 165, n° 16 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 236-237, nos 8-9.

[1963] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 165, n° 16. Voy. en droit français : A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 145, n° 257.

[1964] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 73, note S.J. NUDELHOLE.

[1965] Les deux auteurs soulignent. Voy. à cet égard : D. STERCKX et L. STERCKX, « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffectation des partenaires : la caducité ressuscitée ? », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, p. 413, n° 23.

[1966] Voy. dans un sens similaire : H.-Y. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 522, n° 455. Dans le sillage de cette idée, plusieurs auteurs refusent, à juste titre, d'étendre la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2014 sans de sérieuses réserves à toutes les clauses de tontine ou d'accroissement. Voy. not. à ce sujet : C. ROUSSIEAU, « Copropriété volontaire, tontine et accroissement : comment en sortir ? », in *La séparation du couple non marié*, J. SOSSON (éd.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 177, n° 16.

sociétés et des associations. Selon certains, la mésintelligence entraine la dissolution de la société, lorsqu'elle rend son activité irrémédiablement déficitaire, même en l'absence de blocage formel de ses organes[1967]. Cette opinion se comprend à la lumière de la raison d'être des sociétés commerciales, qui réside dans la volonté de générer du bénéfice. Il est vrai que l'exploitation irrémédiablement déficitaire de la société – à la suite de la mésintelligence – révèle la paralysie de son objet social tel que les associés se le sont initialement représenté à travers le but de lucre qu'il poursuit. Toutefois, pour entrainer la dissolution, le déficit doit avoir un caractère durable[1968].

2) Une mésintelligence durable, ressortant de circonstances objectives et non imputables

329. Notion d'impossibilité et de mésintelligence durable. – L'impossibilité d'exécution emporte la caducité d'une obligation quand elle revêt un caractère définitif. La Cour de cassation l'a confirmé lors d'un arrêt du 2 février 2018 concernant la caducité par disparition de l'objet[1969].

Il convient d'assimiler l'impossibilité d'exécution ayant un caractère *durable* à l'impossibilité d'exécution *définitive*. En effet, selon R. Jafferali, « si l'impossibilité temporaire se prolonge après le terme au-delà duquel l'exécution ne présenterait plus aucune utilité pour les parties, alors l'impossibilité temporaire est assimilée à une impossibilité définitive »[1970]. Dans ce cadre, il faut préciser qu'une impossibilité temporaire ne peut pas emporter la caducité : elle implique tout au plus, en ce cas, la suspension de la relation contractuelle et non sa dissolution[1971].

Dans le cadre de la mésintelligence, l'impossibilité d'exécution doit donc présenter un caractère *durable* afin de justifier la caducité de l'acte juridique par disparition de sa cause subjective. Les principes tirés de l'ancien article 45 du Code des sociétés le démontrent[1972]. En l'occurrence, les juridictions refusent de prononcer la dissolution en l'absence d'une mésentente durable et persistante entre les associés ou les actionnaires d'une société. Pour certaines, la mésentente revêt un caractère temporaire lorsque le divorce des associés provoque une incompatibilité d'humeur[1973] ou l'apparition de difficultés financières encore réversibles[1974] ; de

---

[1967] D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, pp. 254-255, n° 150 ; O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – questions spéciales*, O. CAPRASSE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 294, n° 136 ; B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 208-209, n° 395.

[1968] O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – questions spéciales*, O. CAPRASSE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 294, n° 136 ; B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 208-209, n° 395.

[1969] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.

[1970] Cette condition, ressortant de la caducité de l'obligation par disparition de l'objet, parait transposable à la caducité par disparition de la cause de l'obligation : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 158, n° 13.

[1971] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 158, n° 13. Voy. not. en droit français : C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 166, n° 121.

[1972] G.-A. DAL et P. NICAISE, « L'actionnaire minoritaire », *R.P.S.*, 2015, p. 582 ; M. LEMAL, « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 788, n° 1898 ; B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, p. 205, n° 393.

[1973] Liège, 22 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 963. Cette décision concerne une action en retrait forcé, mais son enseignement nous parait transposable à la dissolution pour justes motifs.

[1974] Comm. Liège, 11 janvier 2017, *J.D.S.C.*, 2017, p. 337, note M. LEMAL.

même, d'autres estiment qu'il n'y a pas de mésentente durable et persistante quand la désignation d'un administrateur semble pouvoir rétablir le fonctionnement des organes de la société[1975].

330. Appréciation du caractère durable de la mésintelligence par rapport à des circonstances objectives. – Il nous semble que le caractère durable de la mésintelligence doit ressortir de circonstances objectives afin de justifier une impossibilité morale d'exécution[1976].

Le contrat de bail à nourriture illustre cette idée. Par son arrêt du 21 avril 1976[1977], à la suite du déménagement du bailleur à nourriture, la Cour de cassation française a admis l'impossibilité d'exécution de l'obligation de cohabitation des parties : selon elle, « attendu que la Cour d'appel, appréciant souverainement les faits et circonstances de la cause, retient que Émile Grialou *est parti de chez lui* le 30 mars 1972 parce qu'il ne pouvait pas supporter la cohabitation avec les époux Grialou-Blanc ; que ceux-ci n'ont rien entrepris pour le faire revenir et pour exécuter leurs obligations à son égard ; qu'il est ainsi établi qu'entre les parties a existé *une mésentente rendant impossible l'exécution de la convention* du 26 janvier 1972 »[1978]. Le déménagement du bailleur témoignait d'une mésentente durable, de sorte qu'il existait bien une impossibilité d'exécution.

Les conventions de tontine et d'accroissement s'inscrivent dans ce sillage. Les faits à la base de la décision de la Cour de cassation du 6 mars 2014 le montrent[1979]. À la suite de la Cour d'appel, la Cour de cassation a confirmé la caducité de la convention de tontine par disparition de sa cause subjective en relevant expressément que « les liens affectifs entre les parties ont duré plus de vingt ans », que « leur relation a pris fin » et qu'en fin de compte, « aucun accord mettant fin à la convention n'a pu être atteint »[1980]. Dans ce cadre, l'absence d'accord des parties extériorisait objectivement l'impossibilité durable de gérer communément leur bien indivis : il ne s'agit donc pas d'une espèce d'imprévision où l'exécution des obligations semble simplement plus difficile[1981].

Enfin, la dissolution des sociétés pour de justes motifs montre que l'existence d'une impossibilité d'exécution durable doit reposer sur des circonstances objectives. En présence d'une mésintelligence, les juridictions admettent la paralysie persistante de l'objet social lorsque les associés ne parviennent plus à convoquer l'assemblée générale afin d'approuver les comptes de la société[1982] ; lorsque le fonctionnement de la société se trouve miné par des dénonciations réciproques entre associés et des débats houleux qui bloquent la prise de décision lors des assemblées générales[1983] ; lorsque les associés de la société ont rompu toute communication depuis

---

[1975] La mésintelligence ne possède donc pas un caractère durable et persistant si la nomination d'un administrateur provisoire permet de sortir la société de sa paralysie (Comm. Nivelles 26 juillet 1994, *T.R.V.*, 1994, p. 530).
[1976] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 349, n° 241.
[1977] Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.
[1978] Nous soulignons (*ibidem*).
[1979] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.
[1980] *Ibidem*, spéc. pp. 615-616.
[1981] Comp. avec : F. PEERAER, « Hof van Cassatie aanvaardt dat tontine ophoudt te bestaan wanneer partners uit elkaar gaan », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2014, pp. 262-263, nos 4-5. Voy. pour une analyse de ce point de vue et son rapport avec l'interdiction de l'abus de droit : S. STIJNS et A. MARISSENS, « Over verdwijnende beslissende beweegredenen in het voortbouwende overeenkomst. Een lezing van het "tontine-arrest" vanuit het verbintenissenrecht », in *Liber amicorum Patrick Senaeve*, Malines, Kluwer, 2017, pp. 460-463, n° 23.
[1982] Bruxelles, 31 mai 2005, *T.R.V.*, 2006, p. 331.
[1983] Mons, 27 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 960.

deux années[1984] ; lorsque la société se situe dans une situation économique irrémédiablement compromise à la suite de la mésentente, malgré le fonctionnement de ses organes décisionnels[1985].

331. Mésintelligence non imputable à la partie qui l'invoque. – Dans sa décision du 21 janvier 2000[1986], la Cour de cassation a décidé que la perte de la cause subjective d'une libéralité testamentaire emporte sa caducité à la condition que cette disparition résulte d'un événement indépendant du disposant. Selon nous, bien que la Cour reste prudente à ce sujet, la sécurité juridique requiert de transposer cette condition à l'ensemble des actes juridiques (*supra*, n° 322).

Encore faut-il cerner la portée de ces propos dans le cadre de la mésintelligence.

La mésintelligence présente effectivement une particularité au sein des contrats *intuitu personae* au sens strict, dans la mesure où cet obstacle psychologique ne doit pas nécessairement ressortir d'un fait imputable à un cocontractant pour entrainer une impossibilité morale d'exécution : la relation de confiance ou d'affection se dégrade parfois sans qu'une partie ait commis de faute *ou* sans qu'il soit possible d'identifier précisément celle qui est responsable de la mésentente. Dans ce cas de figure, les cocontractants partagent d'ailleurs souvent des torts réciproques, à l'instar de maints divorces[1987]. Lors d'une décision du 21 avril 2005[1988], la Cour d'appel de Liège a considéré « Que la mésentente persistante entre les associés [*i.e.* d'une SPRL], qui a eu pour effet de paralyser la vie économique de la société et à terme de provoquer sa mort économique, suffit amplement pour que la dissolution de la société soit prononcée »[1989]. À juste titre, la Cour conclut « que le juge constate une situation de blocage et de paralysie qui caractérise la société sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur l'imputabilité de cette situation »[1990].

En revanche, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, une partie ne peut pas alléguer l'impossibilité morale d'exécution si elle se trouve manifestement à l'origine de la mésintelligence. S'agissant de l'ancien article 45 du Code des sociétés, certains auteurs admettent cependant qu'un associé peut réclamer la dissolution, même s'il se trouve à l'origine de la mésentente[1991]. Ce point de vue se comprend dans le domaine des sociétés : l'intérêt économique général – dont celui des créanciers – s'oppose à laisser subsister une société durablement paralysée ou à la situation financière irrémédiablement compromise[1992]. À notre sens, cette idée ne s'étend pas à toute impossibilité morale d'exécution, parce que cette extension reviendrait à créer un droit général de résiliation au profit de la partie qui a manifestement provoqué le blocage du contrat[1993].

[1984] Anvers, 26 octobre 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 572. Cette décision concerne un litige de cession forcée d'actions dans une SA familiale, à la suite d'une mésentente. Son enseignement parait transposable à la dissolution pour justes motifs.
[1985] Liège, 21 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 919.
[1986] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.
[1987] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 124, n° 117. En droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; H. MATSOPOULOU, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. sociétés*, 1998, p. 38, n° 25.
[1988] Liège, 21 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 919.
[1989] *Ibidem.*
[1990] *Ibidem.* Dans un sens similaire dans le cadre d'un contrat de basserie : Civ. Liège, 14 juin 1989, *J.L.*, 1990, p. 235.
[1991] O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – questions spéciales*, O. CAPRASSE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 295-296, n^{os} 140-141.
[1992] *Ibidem.*
[1993] Voy. not. J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000,

Enfin, il arrive qu'une mésintelligence trouve sa source dans un ou dans plusieurs faits imputables à un cocontractant ; de même, un *fait continu* imputable à l'un d'eux peut détériorer progressivement la relation. Il existe alors une interaction entre la mésintelligence et le motif grave. Un travailleur peut notamment faire preuve d'agressivité envers ses collègues au point d'entrer en conflit avec eux ou avec ses supérieurs[1994]. Dans ce cas, l'employeur reste libre de décider quand le comportement du travailleur brise la confiance qu'il lui porte[1995]. Toutefois, lorsqu'il invoque le motif grave, l'employeur doit démontrer en quoi la mésintelligence entre collègues rend toute collaboration définitivement impossible avec le travailleur qui en est responsable[1996]. Il doit donc tenir compte de l'intérêt des employés non fautifs, puisque l'article 20, 2°, de la loi relative aux contrats de travail lui impose « de veiller en bon père de famille à ce que le travail s'accomplisse dans des conditions convenables au point de vue de la sécurité et de la santé du travailleur ».

§4. – Impossibilité morale d'exécution résultant d'un motif grave

332. Notion et caractéristiques du motif grave à la base d'une impossibilité morale d'exécution. – Plusieurs dispositions légales et plusieurs décisions de justice consacrent l'existence d'une impossibilité morale d'exécution à la suite d'un motif grave (**A**). Dans cet ordre d'idées, la partie qui invoque le motif doit démontrer que l'acte imputable à son cocontractant constitue objectivement un obstacle psychologique durable et non imputable dans son chef (**B**).

A. Notion de motif grave

333. Fondements du motif grave. – Selon la définition de P.A. Foriers, le motif grave se comprend comme « toute circonstance imputable à une partie qui rend impossible la poursuite de la relation contractuelle, par exemple, des actes d'hostilité en dehors de la relation contractuelle, ou encore des condamnations pénales graves pour des faits étrangers au contrat en cause »[1997].

Plusieurs dispositions légales rendent compte de cette définition. Le motif grave issu de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail représente la pierre angulaire de ce concept. Dans le même sens, le manquement grave et les circonstances exceptionnelles de l'article X.17 du Code de droit économique traduisent les principes admis en droit du travail[1998]. Enfin, l'idée de motif grave apparait à l'article 7 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme, qui expose les motifs sérieux dont le bailleur peut se prévaloir pour mettre fin à la convention. Au niveau terminologique, nous emploierons donc la notion de *motif grave* afin de synthétiser les principes contenus dans ces différentes dispositions légales particulières (*supra*, n° 297).

En outre, il arrive que les juridictions belges et françaises recourent à la notion de motif grave pour justifier la résiliation de certains contrats en dehors des dispositions précitées. Ce constat se vérifie expressément ou implicitement dès lors que les actes d'une partie rompent la

---

R.C.J.B., 2004, p. 102, n° 16 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.

[1994] C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 21, n° 18.

[1995] Cass., 23 mai 2005, *Pas.*, 2005, p. 1092 ; Cass., 28 mai 2001, *J.T.*, 2001, p 860.

[1996] Cass., 12 décembre 1988, *Pas.*, I, p. 438. Voy. not. sur cette question : C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 21, n° 18.

[1997] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 120, n° 115. Voy. la définition du comportement grave en droit français : C. CORGAS-BERNARD, « La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français », in *Le droit des contrats. France, Belgique*, B. TILLEMAN, A. VERBEKE et P.Y. VERKINDT (éds.), vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 204, n° 47.

[1998] Bruxelles, 9 septembre 2017, *D.A.O.R.*, 2018, p. 82.

confiance dans les conventions conclues avec les titulaires de professions libérales, tels que les avocats[1999] ; il en va également ainsi dans certains contrats de distribution commerciale[2000], dans certains contrats d'édition[2001] ou dans certains contrats de licence exclusive de marque[2002].

334. Motif grave dans les contrats *intuitu personae* au sens strict et large. – Les obligations et les droits issus des conventions mentionnées au point précédent présentent un point commun : ils comportent régulièrement l'*intuitus personae* en raison de la confiance mutuelle que les parties se portent. Toutefois, ce sentiment ne s'exprime pas avec la même intensité dans tous les cas.

1° Certains contrats contiennent un *intuitus personae* au sens strict du terme.

Ce caractère contient une telle intensité lorsqu'une partie s'incorpore dans l'objet de ses obligations ou de ses droits en raison du haut degré de confiance que l'autre lui porte. Ce sentiment peut être mutuel quand les parties collaborent étroitement : ainsi en est-il pour certains contrats de travail[2003], d'agence commerciale[2004], d'édition[2005] et de licence exclusive de marque[2006]. Dans une décision du 25 juin 1986, le Tribunal du travail de Bruxelles a précisé que « le fait de ne travailler tout son temps qu'avec une seule personne, pour celle-ci et ce presque toujours dans le même local qu'elle, fondent le tribunal à considérer qu'il s'agissait bien d'une collaboration personnelle présentant les caractéristiques d'un contrat *intuitu personae* dans le chef des deux parties »[2007].

2° Dans d'autres cas, la confiance justifie un *intuitus personae* de plus faible intensité, c'est-à-dire au sens large. Nous résumons les traits essentiels de ce caractère (*supra*, n° 282).

Un *intuitus personae* au sens large existe à partir du moment où un cocontractant constitue un élément déterminant pour l'autre, sans s'incorporer *in concreto* dans le contenu de son obligation ou de son droit[2008]. Tel est le cas si ce caractère repose sur des qualités subjectives interchangeables, comme la moralité ou l'honorabilité[2009]. Les contrats passés avec les titulaires de profession libérale s'inscrivent parfois dans cette logique. Lors d'une affaire du 16 février 1950[2010], la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi constaté « qu'en s'adressant à [l'architecte], l'appelante a agi *intuitu personae* et l'a choisi en raison de ses aptitudes professionnelles, mais tout autant de son

---

[1999] J.P. Zottegem-Herzele, 6 mai 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 399 ; Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 213.
[2000] Voy. not. pour deux exemples issus du droit français : Paris, 7 novembre 1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON ; Paris, 25 mai 1987, *D.*, 1987, inf. rap., p. 153.
[2001] Voy. not. pour un exemple en droit français : T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189.
[2002] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, 1974, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.
[2003] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, pp. 176-177, n° 204-205 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Liège, Faculté de droit, de sciences économiques et sociales, 1982, pp. 139-140, n° 108.
[2004] P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 16, n° 113.
[2005] Voy. not. en doctrine française : E. JACOBS, « Contrat français d'édition d'une œuvre musicale », *Auteur & Média*, 2001, p. 454. Voy. not. en jurisprudence française : T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189.
[2006] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, 1974, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.
[2007] Trib. Trav. Bruxelles, 25 juin 1986, *Chron. D.-S.*, 1987, p. 54, spéc. p. 55.
[2008] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 367, n° 404. En droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 246, n° 435 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63.
[2009] Voy. not. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 16.
[2010] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.

honorabilité dont elle n'avait aucun motif de douter, et qui lui avait d'ailleurs été garantie au début des relations contractuelles par plusieurs attestations dignes de foi »[2011].

Dans les faits, il convient donc d'admettre que la survenance d'un motif grave peut provoquer une impossibilité morale d'exécution dans les contrats *intuitu personae* au sens strict ou au sens large et donc entrainer la dissolution des deux catégories de conventions.

B. Caractères de l'impossibilité morale d'exécution résultant d'un motif grave

1) Un obstacle psychologique, durable et non imputable

335. Motif grave comme obstacle psychologique à l'exécution des obligations. – Plusieurs auteurs pensent à bon droit que le motif grave représente un *obstacle psychologique* à la continuation de la relation contractuelle pour sa victime[2012]. Pour M. Jamoulle, « le motif grave dégagé par la jurisprudence [est] celui qui, créant une situation psychologiquement intenable, [rend] moralement impossible la continuation immédiate des relations personnelles »[2013].

Deux caractéristiques régissent la notion de motif grave.

La doctrine reconnait d'abord qu'un fait peut constituer un obstacle psychologique à la continuation du contrat, même s'il ne ressort pas de la faute contractuelle requise pour invoquer la résolution de l'article 1184 du Code civil[2014]. En effet, par son arrêt du 9 mars 1987, la Cour de cassation a décidé que l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail « n'impose ni que la faute grave soit de nature contractuelle ni que l'employeur ait subi un préjudice ; qu'il suffit que le comportement du travailleur constitue une faute d'une telle gravité qu'elle empêche immédiatement et irrémédiablement la continuation des relations professionnelles »[2015]. Certains auteurs admettent que le manquement grave de l'article X.17 du Code de droit économique peut résulter de la violation de devoirs extracontractuels[2016]. Il en va de même pour les circonstances

---

[2011] *Ibidem.* Toutefois, dans cet arrêt, la Cour d'appel semble faire l'amalgame entre la résolution et la résiliation.

[2012] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116. Voy. à la suite de cet enseignement : W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116 ; S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, pp. 136-137, n° 38. En droit français : C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Marseille, P.U.A.M., 2006, p. 272, n° 577 ; P. MOUSSERON, « Les sanctions de l'altération du lien d'alliance du membre d'un groupement », *J.C.P.*, E, 2006, 1607, p. 721, n^{os} 10 et 11 ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 167, n° 121 ; F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 164-165, n° 135.

[2013] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190.

[2014] W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social-droit du travail 2018-2019*, Malines, Kluwer, 2019, p. 2455, n° 4390 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016, pp. 2-3 ; H. DECKERS et A. MORTIER, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 14-15, n° 15 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 894, n° 1226.

[2015] Cass., 9 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 816. Voy. not. en ce sens : Cass., 6 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 278.

[2016] P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 176-177, n° 400 Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, p. 16 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 51-52, n° 51 et p. 55, n° 55.

exceptionnelles mentionnées dans cette disposition[2017] : la condamnation de l'agent du chef d'actes de nature à ébranler la confiance du commettant constitue notamment un motif de rupture[2018].

Ensuite, s'agissant du contrat de travail, l'acte étranger aux obligations des parties doit revêtir une gravité intrinsèque pour constituer un motif grave[2019]. Dans une décision du 26 juin 2006, la Cour de cassation a considéré que « La notion de faute n'est pas limitée par cette disposition [*i.e.* l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978] aux seuls manquements à une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle mais s'entend aussi de toute erreur de conduite que ne commettrait pas un employeur normalement prudent et avisé »[2020]. Le fait à la base du motif grave équivaut alors à une faute extracontractuelle[2021]. L'article X.17 du Code de droit économique suit cette logique pour les manquements graves[2022] : P. Crahay confirme que « La résiliation pour manquement grave est un mode exceptionnel de dissolution du contrat […] Une telle sanction ne se conçoit pas sans une faute qui la justifie »[2023], en ajoutant que « les fautes commises en dehors du champ conventionnel, dans la vie privée ou une autre activité professionnelle, peuvent être constitutives d'un manquement grave si elles rendent impossible la poursuite du contrat »[2024].

Dans certaines circonstances, certains faits imputables à une partie nous paraissent cependant former un obstacle psychologique à la continuation de la convention, sans pour autant constituer une faute extracontractuelle[2025]. Une série d'actes ressortant de la *vie privée* des cocontractants illustrent ces propos[2026]. Par exemple, certaines juridictions ont admis que le concubinage d'un cocontractant représente un motif légitime de rupture, bien que ce fait ne puisse être considéré comme une faute extracontractuelle[2027]. Tel est le cas d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 25 mai 1987[2028]. Dans cette affaire, la Cour a jugé que le contrat d'agence commerciale conclu par les cocontractants requérait « une confiance réciproque totale dans l'exercice de leurs activités respectives ». Sur la base de ce constat, la Cour a décidé que le contrat d'agence « doit être résilié sans indemnité ni préavis pour l'agence lorsque le directeur commercial

---

[2017] Voy. not. sur la nature de ces circonstances : A. MOTTET HAUGAARD et Th. FAELLI, « Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004) », *D.A.O.R.*, 2005, p. 231, n° 69.
[2018] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 355-1, p. 18.
[2019] Voy. not. à cet égard : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social-droit du travail 2018-2019*, Malines, Kluwer, 2019, p. 2454, n° 4388 ; H. DECKERS et A. MORTIER, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 17-18, n° 21 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 898, n° 1231
[2020] Cass., 26 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1519.
[2021] C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016, pp. 2-3.
[2022] La faute doit donc présenter une certaine gravité. Voy. : P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 177, n° 401 ; Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, p. 15 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 52.
[2023] P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 51, n° 50.
[2024] *Ibidem*, pp. 51-52, n° 51.
[2025] Voy. les conclusions de M. le procureur général Lenaerts dans le même sens en droit du travail : Concl. précédant Cass. 8 février 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 157.
[2026] Les faits ou actes issus de la vie privée du travailleur et étrangers aux obligations des parties peuvent constituer des motifs graves en droit du travail (Cass., 9 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 815).
[2027] Dans le domaine du contrat de travail, l'article 36 de la loi relative aux contrats de travail prévoit que « Sont nulles les clauses prévoyant que le mariage, la maternité ou le fait d'avoir atteint l'âge de la pension légale ou conventionnelle mettent fin au contrat ». Dans ce domaine, le mariage ne peut donc constituer un motif grave (C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 15, n° 10).
[2028] Paris, 25 mai 1987, *D.*, 1987, inf. rap., p. 153.

de celle-ci, ayant accès à des informations de nature confidentielle sur la stratégie commerciale du mandant, était la concubine de l'animateur d'une société concurrente, une telle situation présentant un risque objectif réel et sérieux de diffusion d'informations de caractère confidentiel »[2029].

336. Un obstacle psychologique durable et non imputable. – À l'instar de la mésintelligence, le motif grave doit reposer sur un obstacle psychologique définitif[2030] ou à tout le moins durable pour impliquer une impossibilité morale d'exécution et donc la caducité [2031]. Cet obstacle doit aussi résulter d'un fait indépendant de la partie qui s'en prévaut pour permettre de rompre le contrat.

1° Un motif grave n'emporte pas la caducité par disparition de la cause subjective d'un acte juridique *intuitu personae* dès lors qu'il se trouve à la base d'un obstacle psychologique temporaire.

Cette idée se vérifie notamment lorsque le comportement de la victime montre qu'elle peut continuer la relation contractuelle ou quand il témoigne de façon certaine et non équivoque qu'elle renonce à se prévaloir du motif grave[2032]. Dans le domaine du contrat de travail, un motif grave ne constitue pas un obstacle psychologique définitif si les parties entament des négociations pour rétablir le travailleur dans ses fonctions après notification du congé[2033] ; de même, selon la Cour d'appel de Liège, il n'existe pas d'impossibilité immédiate et définitive de collaborer lorsque l'employeur laisse le travailleur reprendre l'exercice de ses fonctions après notification du motif grave[2034]. Par ailleurs, concernant le contrat d'agence commerciale[2035], la rupture de la confiance n'entraine pas d'impossibilité définitive de collaborer à partir du moment où le commettant octroie un délai raisonnable de préavis à l'agent commercial en raison d'un manquement grave[2036].

Selon nous, le caractère durable de l'obstacle psychologique entretient un lien avec la gravité des faits reprochés à son auteur : certains actes peuvent effectivement rendre l'exécution des obligations temporairement plus difficile entre les parties, mais pas durablement impossible. Une décision du Tribunal de commerce de Bruxelles du 14 juin 1990 le montre[2037]. Le bénéficiaire d'un contrat de *sponsoring* avait tenu des propos exécrables lors d'une conférence de presse. Son sponsor avait donc choisi de résilier la convention sans préavis, parce qu'il estimait que ce comportement avait irrémédiablement porté atteinte à son image médiatique. Toutefois, le Tribunal a sanctionné cette attitude, en décidant que « si l'image de marque du Tournoi a été dévaluée par

---

[2029] *Ibidem.* Toutefois, il convient de remarquer que cette décision ne brille pas par sa clarté. Après avoir admis la *résiliation* du contrat d'agence commerciale, la Cour d'appel de Paris décide de façon superfétatoire « [qu'en] refusant de prendre les mesures indispensables pour éviter la fuite d'informations due à ce risque, l'agent commercial manque non seulement à l'engagement souscrit dans la convention, mais commet également une faute professionnelle entraînant la résiliation de plein droit du contrat » (Paris, 25 mai 1987, *D.*, 1987, inf. rap., p. 153).

[2030] Voy. pour la caducité par disparition de l'objet : Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.

[2031] Voy. not. sur cette condition dans le domaine de la caducité par disparition de l'objet : P.A. FORIERS, « Caducité par perte de l'objet de l'obligation et disparition de sa raison d'être », obs. sous Cass. 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 523-524, n^{os} 10-11 ; R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 158, n° 13.

[2032] Voy. dans le contrat d'agence commerciale : Cass., 26 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2117.

[2033] Mons, 1er mars 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 62.

[2034] Liège, 24 octobre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 63.

[2035] S. WILLEMART et Q. WILLEMART, « Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995 transposée au livre X du Code de droit économique). Examen de jurisprudence 2005-2017 », *J.T.*, 2019, pp. 7-8 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 54, n° 54 ; Ph. LECLERCQ, « Le contrat d'agence commerciale », *Ors.*, 2006, n° 6, p. 13, n° 54.

[2036] Liège, 13 décembre 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 969. Certaines décisions étendent cette idée aux hypothèses dans lesquelles une partie octroie un *bref délai* de préavis (Comm. 30 juin 2008, *R.A.B.G.*, 2010, p. 1009).

[2037] Comm. Bruxelles, 14 juin 1990, *R.D.C.*, 1990, p. 420.

le comportement [du bénéficiaire du parrainage], ce fut le temps d'un *débordement passager* de la presse, *très limité* dont il n'apparaît pas qu'il ait eu une incidence sur l'image de marque de la défenderesse ; [cette dernière] ne pouvait prendre une décision irréversible de rupture aussi hâtivement sans rencontrer préalablement son cocontractant et sans prendre de recul par rapport aux événements critiqués dont elle ne pouvait apprécier l'incidence à l'époque sur son image dans le public »[2038]. En conclusion, le comportement du sponsorisé n'avait donc pas atteint une gravité suffisante afin de faire durablement obstacle à la poursuite de la relation contractuelle.

2° Ensuite, par extension de l'arrêt de Cour de cassation du 21 janvier 2000[2039], il nous semble que l'auteur du motif grave ne peut pas invoquer la rupture de la confiance à son avantage. Les spécificités de l'impossibilité morale d'exécution l'exigent : plaider pour la solution inverse reviendrait à consacrer un droit résiliation purement potestatif en faveur de la partie responsable de la rupture de la confiance, ce qui heurterait le principe de la force obligatoire des conventions[2040].

2) Panorama de différents motifs graves

337. Appréciation concrète du motif grave à la base d'une impossibilité morale d'exécution. – Une multitude de faits peuvent rendre la relation contractuelle durablement impossible à poursuivre. En effet, la rupture de la confiance ou de l'affection comporte une part de subjectivité et, de la sorte, elle dépend largement des circonstances de la cause[2041]. Nous examinerons donc quelques situations dans lesquelles les cours et tribunaux ont considéré qu'il existait objectivement un obstacle psychologique à la continuation d'une relation contractuelle[2042].

338. Acte portant atteinte à la réputation, à l'honneur ou à l'image d'un cocontractant. – Les actes d'un cocontractant portant gravement atteinte à la réputation, à l'honneur et à l'image de l'autre rendent parfois la collaboration durablement impossible dans le chef de l'autre partie. Plusieurs décisions liées à des contrats fondés sur un *intuitus personae* au sens strict le montrent.

Ce raisonnement se conçoit lorsque les parties collaborent afin de promouvoir la réputation de l'une d'elles[2043]. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 1972 l'illustre[2044]. Dans cette affaire, la Cour a estimé que « le contrat d'édition [est] fortement empreint d'*intuitus personae* dans la confiance unissant l'auteur au commerçant chargé de communiquer la pensée au public »[2045]. La Cour a donc considéré que la convention d'édition « ne peut survivre à la violation de celle-ci par un sous-titre désavoué d'avance par l'auteur l'exposant au ridicule auprès des

---

[2038] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 425).
[2039] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.
[2040] S. WILLEMART et Q. WILLEMART, « Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995 transposée au livre X du Code de droit économique). Examen de jurisprudence 2005-2017 », *J.T.*, 2019, p. 9 ; P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 177, n° 401 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 109-110, n° 63 ; T. DE LOOR, « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, p. 775, n° 54.
[2041] Voy. not. : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, p. 235, n° 19 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 410, n° 7.2.
[2042] Voy. pour une réflexion similaire lors de l'élaboration de l'ancien article 19 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale : *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 355-3, pp. 44-45.
[2043] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 351-352, n^{os} 244.
[2044] T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189.
[2045] *Ibidem.*

lecteurs avertis et qui n'a été retiré que sur protestations véhémentes de l'intéressé [qui est] dès lors fondé à considérer le contrat comme résilié à la date du 1er juin 1971 indiquée dans la lettre de rupture du même jour »[2046]. En conclusion, il apparait que le comportement de l'éditeur avait gravement porté atteinte à la réputation de l'auteur : ce fait avait rendu l'exécution des obligations – la promotion de l'ouvrage – moralement impossible dans le chef de cette partie[2047].

Les actes d'un cocontractant peuvent également briser la confiance de l'autre lorsqu'ils portent sérieusement atteinte à son honneur ou à ses intérêts moraux. Une décision de la Cour de cassation française du 17 avril 1996 le montre[2048]. Un journal décide de modifier drastiquement sa ligne éditoriale : cette dernière passe d'articles de fond à un contenu sensationnel qui porte délibérément atteinte à la vie privée. Trois journalistes rompent alors leur contrat parce qu'ils estiment qu'ils ne peuvent plus continuer la relation contractuelle avec le périodique. La Cour d'appel et la Cour de cassation valident cette opinion : selon la chambre sociale, « attendu que la Cour d'appel relève que le magazine, qui depuis son lancement en 1987 était exclusif de tout caractère scandaleux, s'était délibérément orienté, pour élargir sa diffusion et assurer sa survie, à partir des années 1990, vers la publication d'articles privilégiant le sensationnel et portant atteinte à la vie privée ; qu'au vu de ces constatations de fait desquelles ressortait le changement notable dans l'orientation du journal créant pour les trois journalistes une situation de nature à porter atteinte à leurs intérêts moraux »[2049]. Ces journalistes ont donc pu invoquer l'article 761-7, 3°, du Code du travail français, qui leur permettait de réclamer une indemnité quand un changement d'orientation de leur journal porte atteinte à leur honneur, leur réputation ou encore à leurs intérêts.

Enfin, il arrive que les actes d'une partie entament gravement l'image dont l'autre jouit. Une impossibilité morale d'exécution s'envisage alors dans les contrats où une partie place toute sa confiance en l'autre pour représenter sa marque ou son image. Une décision du Tribunal de grande instance de Paris du 7 mars 1974 le démontre[2050]. Cette affaire a trait à un contrat de fabrication sous licence exclusive d'exploitation d'un brevet des cafetières « Cona » : le Tribunal de grande instance a considéré que « le contrat de licence sous exploitation d'un brevet, et à plus forte raison un tel contrat lorsqu'il accorde une exclusivité dans une aire territoriale donnée, et plus encore quand la marchandise est commercialisée sous la marque et nom du donneur de licence, est chargé du maximum d'*intuitus personae* imaginable dans ce genre de convention »[2051]. La société exploitante tombe sous l'ancien régime de la mise en règlement judiciaire – équivalent de la réorganisation judiciaire – à la suite de la mauvaise gestion de ses dirigeants. Le Tribunal admet la résiliation par le donneur de licence du fait de l'atteinte « très grave au prestige et à la trésorerie du cocontractant entièrement déçu en sa confiance dans la capacité des dirigeants de la maison »[2052].

[2046] *Ibidem.*

[2047] Une partie de la doctrine française appréhende cette situation sous l'angle de la résiliation pour comportement grave. Voy. not. à cet égard : C. CORGAS-BERNARD, « La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français », in *Le droit des contrats. France, Belgique*, B. TILLEMAN, A. VERBEKE et P.Y. VERKINDT (éds.), vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 204-205, nos 47-48 ; B. Le BARS, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.*, 2002, Chron., p. 384, n° 16.

[2048] Cass. fr. soc., 17 avril 1996, *D.*, 1997, p. 126, note B. EDELMAN.

[2049] *Ibidem*.

[2050] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, 1974, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.

[2051] *Ibidem*.

[2052] *Ibidem*, spéc. p. 15. Selon nous, la décision du Tribunal de grande instance de Paris comporte une ambiguïté au niveau de la mise en œuvre de la dissolution. En effet, d'un côté, le Tribunal constate la dissolution immédiate du contrat de licence à la suite de la lettre de résiliation adressée par la société Cona à son exploitant ; d'un autre côté,

Nous verrons que la *résolution du contrat* permet aussi de sanctionner ces hypothèses de motifs graves : une atteinte à la réputation, à l'honneur et à l'image d'une partie peut effectivement constituer un manquement contractuel à un devoir de collaboration loyale dans certains contrats *intuitu personae* au sens strict. Il existe une interaction entre la résiliation et la résolution au sujet de la perte de la confiance ou, sur le plan des modes de dissolution du contrat, entre la caducité par disparition de la cause subjective et la résolution judiciaire ou par déclaration (*infra*, n^{os} 371-374).

339. Acte d'un cocontractant contraire aux normes régissant un secteur ou une profession. – Certaines dispositions légales ou déontologiques balisent la portée des obligations des parties et donc leur comportement[2053]. Dès lors, en pratique, les actes d'un cocontractant inconciliables avec les dispositions applicables à la profession ou au secteur de l'autre peuvent représenter un obstacle à la base de la rupture durable de la confiance dans le chef de cette dernière.

Le Tribunal de première instance de Nivelles a illustré cette idée lors d'une décision du 30 juin 1998[2054]. Le client d'un avocat rejetait les arguments présentés par son conseil dans un litige de licenciement pour motif grave. Il lui ordonna même d'appliquer sa stratégie, qui consistait à alléguer des accusations mensongères à l'encontre de son ancien employeur. Compte tenu de ce comportement contraire à l'indépendance et à la probité de sa profession, l'avocat a décidé de mettre fin au contrat. Le client l'assigna en responsabilité. Le Tribunal a rejeté cette prétention : il a décidé « Que les spécificités du contrat, à savoir les obligations d'origine légale qui s'imposent à l'avocat, notamment celle, essentielle, d'indépendance, et son caractère *intuitu personae* impliqu[ent] une nécessaire relation de confiance dont l'appréciation reste subjective s'agissant d'un sentiment »[2055]. Dans ce cadre, le Tribunal a conclu que « la disparition du lien de confiance, donc de la cause du contrat, entraîne sa caducité, même si tel effet reste exceptionnel »[2056].

Certaines juridictions ont consacré des principes similaires en matière bancaire. Dans un arrêt du 17 janvier 1994[2057], la Cour d'appel de Mons a rappelé que « la confiance du banquier créditeur ne repose pas seulement sur des données objectives (telle la situation patrimoniale du crédité) mais aussi, et de manière importante, sur des données plus subjectives (telles les qualités morales de droiture, de correction et d'honnêteté du crédité) »[2058]. La Cour a donc considéré « [qu'un] banquier raisonnablement avisé qui ne peut concourir à des activités malsaines et ne peut procurer crédit à un commerçant indigne ou malhonnête, est fondé à ne pas maintenir son concours à un crédité dont il apprend que l'activité est entachée d'irrégularité ou de malhonnêteté »[2059]. En l'occurrence, la juridiction n'a pas conclu à l'abus du droit de résilier dans le chef de la banque.

Il convient de remarquer que la victime du motif grave doit tenir compte des règles prudentielles applicables à sa profession lorsqu'elle décide de résilier le contrat. De ce fait, en

---

sans doute par analogie avec les principes admis dans le domaine de la faillite, le Tribunal valide cet acte juridique unilatéral en décidant que « le contrat de licence exclusive, empreint d'*intuitu personae*, s'est *trouvé automatiquement résilié* par l'effet de la mise en règlement judiciaire de la société licenciée ». Nous soulignons (*Ibidem*, spéc. p. 15).

[2053] Voy. not. dans le domaine de la construction : B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Larcier, 2016, p. 274, n° 118 ; A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 179-180, n° 106 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 79, n° 91.

[2054] Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 213.

[2055] *Ibidem*, spéc. p. 215.

[2056] *Ibidem.* Dans le même sens : J.P. Zottegem-Herzele, 6 mai 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 399, *R.W.*, 2010-2011, p. 1450.

[2057] Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.-P. BUYLE

[2058] *Ibidem*, spéc. p. 1034.

[2059] *Ibidem.*

matière bancaire, la loi anti-blanchiment encadre les principes applicables au « *de-risking* », c'est-à-dire à la rupture des contrats conclus avec les clients qui présentent un risque de fraude[2060]. Dans cet ordre d'idées, l'article 35 de cette loi *oblige* les institutions financières à mettre un terme à la relation d'affaires quand le client commet des actes atypiques qui témoignent d'un risque accru de fraude[2061]. La banque doit alors rompre la relation dans le respect des prescriptions de la loi : ainsi la FSMA indique-t-elle, à cet égard, que « si l'organisme envisage de mettre fin de sa propre initiative à la relation avec le client, notamment en raison de la rupture de la confiance à l'égard de celui-ci, il est recommandé à l'organisme financier d'en informer au préalable la CTIF »[2062].

340. Condamnation judiciaire d'un cocontractant. – Il arrive qu'un obstacle psychologique à l'exécution des obligations trouve sa source dans une condamnation de l'un des cocontractants.

L'article 7, 8°, de la loi sur les baux à ferme l'atteste. Selon cette disposition, entre dans la notion de motif sérieux de résiliation, « la condamnation du preneur du chef d'actes de nature à ébranler la confiance du bailleur ou à rendre impossibles les rapports normaux de bailleur à preneur ». La loi sur le bail à ferme ne précise pas la nature de la condamnation : d'un côté, plusieurs auteurs estiment qu'une condamnation pénale comme civile peut entrainer la rupture de la confiance si elle rend la relation impossible à poursuivre pour le bailleur[2063] ; les juridictions exigent, d'un autre côté, que la condamnation ait une gravité suffisante afin de justifier un obstacle à la poursuite du bail à ferme. Dans une décision du 30 novembre 1960, le Tribunal de première instance de Nivelles a notamment retenu la présence d'un motif sérieux à la suite de la découverte d'une distillerie clandestine dans un bâtiment réservé à l'exploitation du preneur[2064] ; le Juge de Paix de Dinant a cependant refusé, par un jugement du 2 novembre 2005, que la condamnation des preneurs du chef d'infraction urbanistique soit de nature à ébranler la confiance du bailleur[2065].

[2060] Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017. Voy. not. à ce sujet : J.-P. BUYLE et Th. METZGER, « Les conséquences juridiques du "de-risking" », obs. sous Bruxelles 3 juin 2016, *D.B.F.*, 2016, p. 250, n° 1.

[2061] Cons. sur les modalités d'exercices de cette dispositions : Circulaire CBFA_2010_09 du 6 avril 2010 Modifiée par la circulaire CBFA_2011_09 du 1er mars 2011. Devoirs de vigilance à l'égard de la clientèle, la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, et la prévention du financement de la prolifération des armes de destructions massives (version coordonnée), pp. 58-59, n° 6.1.5.2. ; Vigilance continue et détection des faits et opérations atypiques : commentaires et recommandations de la BNB, n° 3.2., disponible sur le site de la Banque nationale de Belgique : https://www.nbb.be/fr/supervision-financiere/prevention-du-blanchiment-de-capitaux-et-du-financement-du-terrorisme-57. Voy. not. en doctrine : J.-P. BUYLE et Th. METZGER, « Les conséquences juridiques du "de-risking" », obs. sous Bruxelles 3 juin 2016, *D.B.F.*, 2016, p. 250, n° 1 ; J.-P. BUYLE, M. DELIERNEUX et A. WILLEMS, « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 74-75, nos 3 et 4.

[2062] Circulaire CBFA_2010_09 du 6 avril 2010 Modifiée par la circulaire CBFA_2011_09 du 1er mars 2011. Devoirs de vigilance à l'égard de la clientèle, la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, et la prévention du financement de la prolifération des armes de destructions massives (version coordonnée), p. 59, n° 6.1.5.2.

[2063] F. VAN MALLEGHEM et H. VAN MALLEGHEM, « la cession de bail et la sous-location », in *Le bail à ferme. Un état des lieux*, R. GOTZEN (éd.), Bruxelles-Bruges, la Charte – Die Keure, 2015, p. 304 ; E. BEGUIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 188, n° 924 ; P. RENIER, *Le bail à ferme*, Bruxelles, Kluwer, 2015, p. 193, n° 37. *Contra* : P. PAPLEUX, « La fin du bail à ferme », in *Le bail à ferme. Un état des lieux*, R. Gotzen (éd.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2015, p. 111, n° 71 ; H. D'UDEKEM D'ACOZ, I. SNICK et M. SNICK, *De pachtovereenkomst*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 231, n° 295.

[2064] Civ. Nivelles, 30 novembre 1960, cité par P. PAPLEUX, « La fin du bail à ferme », in *Le bail à ferme. Un état des lieux*, R. GOTZEN (éd.), Bruxelles – Bruges, la Charte – die Keure, 2015, p. 111, n° 70, spéc. note 78.

[2065] Civ. Dinant, 2 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2009, p. 164.

En outre, la condamnation d'un travailleur pour des faits de *sa vie privée* peut rompre la confiance de son employeur quand elle se trouve en relation avec l'objet de ses obligations ou avec les conditions d'exercice de sa fonction[2066] ; il s'agit aussi du cas si la condamnation a des répercussions sur la vie de l'entreprise ou si elle porte atteinte à sa réputation[2067]. Dans un arrêt du 24 mars 1988, la Cour d'appel de Mons a décidé que la condamnation d'un travailleur pour vol constituait un motif grave compte tenu de sa fonction de caissier[2068]. Selon la Cour, « attendu que les vols commis par H.N. ne sont pas contestés ; […] que l'intéressé assumait dans l'entreprise des responsabilités de caisse ; qu'il avait un accès permanent au numéraire conservé dans le magasin ; qu'en outre, il était en contact direct et constant avec la clientèle et que la publicité donnée par la presse à ses agissements permettait à celle-ci, de par sa précision et sa diffusion, de l'identifier sans difficulté ; [attendu] que ces divers éléments sont de nature à ébranler la confiance de l'employeur en manière telle que toute collaboration professionnelle devient immédiatement et définitivement impossible »[2069]. Un motif grave se conçoit aisément quand le travailleur doit purger une peine de prison ferme, puisqu'il ne pourra plus exécuter ses fonctions pendant la durée de sa détention[2070].

Le contrat d'agence commerciale suit ces principes. La condamnation de l'agent mine certainement la confiance de son commettant lorsqu'elle entretient un lien avec l'objet de sa fonction[2071]. Un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 7 janvier 2010 le montre[2072]. Cette espèce concerne la résiliation du contrat d'un agent qui n'avait pas fait part à une institution financière de sa condamnation pour faux et usage de faux auprès de son précédent commettant. Dans ce cadre, la Cour a considéré que « *De financiële sector is een bijzonder gevoelige sector. De bankagent gaat constant om met gelden die niet aan hem maar, hetzij aan de cliënt van de bank hetzij aan de bank zelf toebehoren. Van hem moet daarom uiterste zorgvuldigheid en correctheid worden verwacht* »[2073]. De ce fait, « *Wanneer een financiële instelling onderhandelt met een toekomstig agent, is de informatie dat deze agent verdacht wordt van valsheid in geschifte en misbruik van vertrouwen, bovendien gepleegd in zijn hoedanigheid van agent voor een andere financiële instelling en dat hij zich daarvoor voor de correctionele rechtbank moet verantwoorden, essentieel* »[2074]. La Cour a validé la résiliation sans préavis ni indemnité pour manquement grave.

Selon nous, ce raisonnement dépasse ces dispositions légales particulières et revêt une portée générale : la condamnation pénale d'un baby-sitter ou d'un éducateur de mineurs pour des faits de mœurs peut effectivement constituer un obstacle psychologique durable à l'exécution des obligations de son cocontractant ; la condamnation pour faux et usage de faux d'un expert-comptable peut aussi anéantir la confiance en son honorabilité financière, de sorte que son client peut résilier la convention. Un soupçon de fraude lié à l'existence de poursuites judiciaires pose plus de difficultés. Le fait qu'une instruction s'ouvre ou qu'une partie soit mise en détention

---

[2066] Trib. Trav. Nivelles, 25 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 934. Voy. not. en doctrine à cet égard : C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 15, n° 10 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, p. 907, n° 1239.

[2067] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, p. 907, n° 1239, C.

[2068] C.T. Mons, 24 mars 1988, *Chron. D.S.*, 1989, p. 47.

[2069] *Ibidem*, spéc. pp. 48-49.

[2070] Trib. Trav. Nivelles, 25 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 935.

[2071] Voy. pour l'agence commerciale : P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 113, n° 102 ; A. MOTTET HAUGAARD et Th. FAELLI, « Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004) », *D.A.O.R.*, 2005, p. 231, n° 69.

[2072] Anvers, 7 janvier 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 233.

[2073] *Ibidem*, spéc. p. 235.

[2074] *Ibidem*.

préventive ne suffit pas toujours pour admettre l'existence d'un obstacle psychologique durable à défaut de clause dans ce sens[2075]. Toutefois, s'agissant de la directive anti-blanchiment, certains pensent que les institutions financières peuvent rompre le contrat quand elles disposent d'éléments objectifs prouvant qu'elles peuvent légitimement avoir perdu confiance dans le client[2076].

341. Acte d'un cocontractant inconciliable avec l'objet de ses obligations contractuelles. – Un obstacle psychologique ressort parfois d'actes objectivement incompatibles avec l'objet des obligations d'une partie, tel qu'interprété à la lumière de la finalité contractuelle. D. Krajeski indique ainsi, à cet égard, « [qu'un] contrat existe essentiellement pour accomplir une finalité, la confiance n'est que la garantie de cet accomplissement. Le contrat ne peut donc être rompu, en principe, que par l'impossibilité, fautive ou non, d'atteindre la finalité contractuelle »[2077].

1° Ces propos présentent de l'intérêt lors du changement de contrôle d'une société.

Dans cette perspective, le fait qu'une personne morale change de direction effective ou d'actionnaire de référence ne permet normalement pas à son partenaire de rompre le contrat en invoquant la disparition de la confiance à défaut de clause[2078]. En revanche, en présence de circonstances exceptionnelles, certains auteurs pensent qu'un tel changement peut constituer un obstacle à l'exécution des droits et obligations de la société[2079]. Tel est le cas lorsqu'un contrat repose sur la transmission d'un savoir-faire – comme la franchise – et que le bénéficiaire du transfert ouvre son capital à un concurrent de son cocontractant[2080]. L'entrée de ce concurrent dans le capital du bénéficiaire parait inconciliable avec son obligation principale de confidentialité.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 novembre 1996 s'inscrit dans cette logique[2081]. L'actionnaire majoritaire d'un concessionnaire a adhéré au réseau du principal concurrent de son concédant. Ce dernier décide de résilier le contrat afin d'éviter la perte de secrets de fabrication. Le concessionnaire l'assigne alors en dommages et intérêts. La Cour a rejeté cette demande. Selon elle, le concédant a valablement pu résilier la convention « compte tenu de la dépendance juridique, économique et morale des adhérents d'une union de coopérateurs [actionnaire de son concessionnaire], dans un réseau soumis à l'influence de son principal concurrent, et que l'absence d'engagement des investissements convenus, l'absence de toute consultation préalable contraire aux usages antérieurs, le refus d'éclaircissements qui s'imposaient et la confirmation implicite par le nouveau directeur [du concurrent] de l'atteinte à venir à l'exclusivité d'approvisionnement […]

[2075] L'article 28 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit que la détention préventive suspend l'exécution du contrat de travail. Voy. : C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 15, n° 11.
[2076] Concl. de l'av. gén. E. SHARPSTON préc. C.J.U.E. 3 septembre 2015 (C-235/14), n° 81, https://curia.europa.eu.
[2077] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 277, n° 489.
[2078] Cass. fr. com., 29 janvier 2013, *Bull. civ.*, 2013, IV, p. 19, n° 19. Voy., en ce sens, en droit français : D. MAINGUY, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés*, 1996, pp. 20-21, n° 7.
[2079] Voy. not. sur cette question en droit français : L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 781, n° 485 ; D. MAINGUY, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés*, 1996, pp. 22-23, n° 12.
[2080] L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 781, n° 485. Voy. not. dans un sens similaire à propos lors de la fusion par absorption d'une société : Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 199, n° 30 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 261-262.
[2081] Paris, 7 novembre 1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON.

mettaient un terme à la confiance qu'elle avait dans [le concessionnaire] et compromettaient la confidentialité de ses secrets de fabrication et son développement économique »[2082].

2° Dans certaines circonstances, il arrive que certains actes ou certains faits issus de *la vie privée* d'une partie constituent un motif grave de rupture.

C'est dans ce registre que la Cour d'appel de Paris a admis la résiliation d'un contrat d'agence commerciale lors de son arrêt du 25 mai 1987[2083]. En l'occurrence, l'agent « ayant accès à des informations de nature confidentielle sur la stratégie commerciale du mandant, était la concubine de l'animateur d'une société concurrente, une telle situation présentant un risque objectif réel et sérieux de diffusion d'informations de caractère confidentiel »[2084]. Dans le même sens, la plupart des auteurs pensent que des actes ressortant de la vie privée du travailleur peuvent constituer un motif grave dans le cadre du contrat de travail[2085]. Par sa décision du 9 mars 1987[2086], la Cour de cassation a décidé « qu'en considérant que le grief invoqué par la demanderesse, à savoir la participation du défendeur à des vols, "ne peut être retenue à titre de motif grave au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, étant un acte de la vie privée", sans examiner si ces faits rendaient ou non impossible la continuation des relations contractuelles, l'arrêt viole l'article 35 précité »[2087].

S'agissant de ces actes, le motif grave s'apprécie *in concreto* à la lumière des obligations et des conditions d'exercice de la fonction du travailleur. Dans une décision du 21 juin 1995[2088], la Cour du travail de Liège a confirmé que « l'usage de drogue s'inscrivant dans le cadre de la vie privée d'un travailleur peut être constitutif d'un motif grave compte tenu de l'emploi du travailleur et des conditions d'exercice de cet emploi »[2089]. Elle conclut en décidant « Qu'il est pareillement évident que, dans le chef d'une vendeuse qui a des contacts directs avec la clientèle et qui, comme le relève le présent dossier, est chargée seule de l'ouverture du magasin et de sa tenue à certaines heures, ou encore qui a la responsabilité de la recette journalière, l'usage de stupéfiants peut constituer, en soi ou avec le concours de circonstances antérieures, un motif grave de rupture »[2090].

342. Injures graves et actes d'hostilité d'un cocontractant. – Les injures graves et les actes d'hostilité représentent une dernière hypothèse d'obstacle psychologique susceptible de rompre durablement la confiance nécessaire à la continuation de la relation contractuelle[2091].

1° Plusieurs conventions rendent compte de ces principes.

Dans le cadre du bail à ferme, l'article 7, 7°, de la loi du 4 novembre 1969 fait allusion aux injures graves et aux actes d'hostilité perpétrés par le preneur. Cette disposition prévoit

---

[2082] *Ibidem*. Voy. dans un sens similaire : Lyon, 9 avril 1991, *D.*, 1992, p. 60, note J.-P. GILLI.
[2083] Paris, 25 mai 1987, *D.*, 1987, inf. rap., p. 153.
[2084] *Ibidem*.
[2085] W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social-droit du travail 2018-2019*, Malines, Kluwer, 2019, p. 2455, n° 4390 ; H. DECKERS et A. MORTIER, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 27, n° 34 ; C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 14-15, n° 9.
[2086] Cass., 9 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 815.
[2087] *Ibidem*.
[2088] C.T. Liège, 21 juin 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 145.
[2089] *Ibidem.*
[2090] *Ibidem.*
[2091] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 119-120, n° 114 ; L. SIMONT, L. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1996, pp. 317-318, n° 108 ; R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14.

effectivement que le bailleur peut résilier le bail à l'expiration de chaque triennat pour « des injures graves ou des actes d'hostilité manifeste de la part du preneur à l'égard du bailleur ou de membres de sa famille vivant sous son toit » : ainsi la rupture de la confiance se conçoit-elle, par exemple, pour des faits constitutifs d'une attitude belliqueuse et caractérisée de la part du preneur à bail[2092].

Le contrat de travail constitue le terrain d'élection des injures et des actes d'hostilité à la base d'une impossibilité morale d'exécution. Lors d'une décision du 5 décembre 1994[2093], la Cour du travail de Bruxelles a admis un motif grave, parce que le travailleur avait traité son supérieur « de "sale rital", misogyne et masochiste, devant la direction et tout le personnel »[2094] ; de même, il existe un motif de rupture si le travailleur accuse son supérieur d'être un voleur, qu'il lui envoie des menaces de mort et qu'il se comporte violemment envers lui en présence d'autres membres du personnel[2095]. Dans cette situation, selon W. Van Eeckhoutte et V. Neuprez, l'existence d'un motif grave dépend « des circonstances de fait, telles que le niveau d'éducation des travailleurs et le milieu professionnel dans lequel les faits se sont produits : il est clair qu'on ne peut attendre d'un ouvrier sur chantier qu'il ait toujours un langage correct ou une politesse de tous les instants »[2096].

2° En revanche, les conséquences des injures et des actes d'hostilité posent question dans les contrats qui ne comportent pas un *intuitus personae* de confiance ou d'affection.

Certains auteurs refusent de considérer les injures et les actes d'hostilité comme une source de dissolution du contrat, tel que celui de bail[2097] ; à l'inverse, d'aucuns admettent l'existence d'un droit de rupture au profit de la victime de violences ou de voies de fait[2098]. R. Dekkers souligne, à juste titre, que « la rupture sera toujours justifiée, si l'une des parties se comporte d'une manière qui rende intolérable pour l'autre de rester indéfiniment liée avec elle »[2099]. Toutefois, dans maintes affaires, il apparait que les cours et tribunaux peinent à trouver le fondement de la dissolution. Le contentieux du bail de logement social en témoigne : d'un côté, les juridictions constatent parfois un manquement à une obligation expresse ou tacite de bonne foi pour prononcer la résolution ou pour valider la résolution par déclaration du bailleur victime de violences[2100] ; d'autres relèvent quelque peu fictivement, d'un autre côté, que la convention de bail de logement social repose sur une relation de confiance déterminante afin de permettre aux maisons sociales de la résilier[2101].

[2092] P. RENIER, *Bail à ferme. Chronique de jurisprudence 2005-2017 rédigée dans la perspective d'une réforme*, coll. « Dossier du Journal des tribunaux », vol. 106, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 90-91, n° 1026 ; E. BEGUIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 113, n° 489.

[2093] C.T. Bruxelles, 5 décembre 1994, *Chron. D.S.*, 1997, p. 131.

[2094] *Ibidem*.

[2095] Trib. Trav. Turnhout, 9 mars 1992, *Chron. D.S.*, 1994, p. 368.

[2096] Voy. à cet égard : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social – Droit du travail. 2018-2019*, Liège, Kluwer, 2018, p. 2519, n° 4487.

[2097] J.P. Fontaine l'Évêque, 2 novembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 343.

[2098] R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14. Voy. not. en droit français sur l'existence d'un droit de résiliation destiné à protéger les libertés fondamentales d'une partie : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Marseille, P.U.A.M., 2006, p. 248, n° 512 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 283, n° 499.

[2099] R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14.

[2100] Civ. Hainaut (div. Mons), 16 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 560.

[2101] J.P. Gand, 24 juin 1985, *R.W.*, 1988-1989, p. 1095, note B. HUBEAU. Il convient de comprendre la portée de cette affirmation. Selon nous, le contrat de bail de logement social comporte bien l'*intuitus personae* (voy. en ce sens : J.P.

Dans ces contrats, il nous semble que le fondement de la dissolution réside dans le principe de la force majeure. Une partie de la doctrine belge plaide depuis peu pour une approche relative de l'impossibilité d'exécution à la base de ce mode de dissolution[2102]. Selon cette conception, la force majeure s'apprécie toujours concrètement, à la lumière des prescriptions des parties ainsi qu'au regard des capacités mentales et physiques d'un cocontractant normalement prudent et diligent[2103]. Ces auteurs précisent alors qu'il existe une impossibilité morale d'exécution dans le chef du débiteur « lorsque l'exécution représente un danger si grand pour la vie, la santé, la liberté, l'honneur du débiteur qu'elle ne peut être exigée par le créancier »[2104]. Cette idée se vérifie en pratique, par exemple, quand un chauffeur de taxi refuse de transporter un client dans une ville dans laquelle une guerre civile vient de se déclarer[2105]. Rien ne s'oppose alors à reconnaitre la dissolution d'une convention dépourvue d'*intuitus personae* dès lors qu'une partie parvient à démontrer que les actes d'hostilité de son cocontractant atteignent un tel degré de gravité que la continuation de la relation contractuelle expose son intégrité physique ou morale à un grave danger.

3° Un bref aperçu des droits suisse et néerlandais confirme que certaines situations d'impossibilité morale d'exécution se comprennent à la lumière du concept de la force majeure.

L'article 119 du Code suisse des obligations prescrit ainsi que « L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur ». Cette disposition consacre la notion d'impossibilité subséquente, dont celle d'ordre éthique ou moral fait partie[2106]. Selon P. Pichonnaz, cette notion vise « la situation dans laquelle le débiteur d'une obligation ne peut exécuter sa prestation pour des raisons éthiques ou morales »[2107] : il en va

---

Louvain, 30 mai 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 271). Le bail-type de la Région wallonne prévoit d'ailleurs expressément que le « Logement a été attribué en tenant compte, notamment, de la situation sociale, financière du locataire ». Toutefois, la confiance ne représente pas l'élément déterminant de la relation contractuelle des parties. *Contra* en faveur de l'absence de tout caractère *intuitu personae* : N. BERNARD, « Les enfants (non signataires) ont-ils le droit de poursuivre le bail de logement social de leur auteur décédé ? », obs. sous J.P. Woluwe-Saint-Pierre 14 janvier 2013, *Jurim.*, 2013, p. 409, n° 2 ; B. HUBEAU, « De sociale huurovereenkomst is geen overeenkomst *intuitu personae* », obs. sous J.P. Gand 24 juin 1985, *R.W.*, 1988-1989, pp. 1094-1095 ; Ph. BOSSARD, « Le bail de logement social est-il conclu *intuitu personae* ? », obs. sous J.P. Couvin 10 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 96, n° 8.

[2102] M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, p. 235, n° 19 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 410, n° 7.2.

[2103] Voy. sur cette approche, nommée théorie de la *schuldleer*, dans le domaine de la force majeure : P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 250-251, n° 12 ; R. KRUITHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 296-299, n° 12 ; J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sous Cass. 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 94-96, n^{os} 5-7.

[2104] J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 410, n° 7.2. Voy. dans le même sens : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, p. 235, n° 19 ; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 614.

[2105] Voy. not. : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, p. 235, n° 19 (« *Een voorbeeld vormt een taxichauffeur die een vervoersovereenkomst niet kan uitvoeren zonder zijn leven ernstig in gevaar te brengen in een stad waar net een burgeroorlog uitbrak* »).

[2106] Voy. not. à ce sujet : P. TERCIER, *Le droit des obligations*, 2^{e} éd., Zurich, Schulthess, 1999, pp. 189-192, n^{os} 1138-1162 ; P. PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1997, pp. 149-151.

[2107] P. PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1997, pp. 149, n° 626.

ainsi, par exemple, si l'exécution met en danger la santé ou la vie du débiteur, si elle va à l'encontre d'un principe de base d'humanité ou si elle implique un grave conflit de conscience pour lui[2108].

Dans le même sens, concernant le droit néerlandais, G.T. de Jong reconnait l'existence d'une impossibilité morale d'exécution (« *morele onmogelijkheid* ») lorsque « *nakoming een zo groot gevaar zou betekenen voor leven, gezondheid of vrijheid, dat die nakoming niet kan worden gevergd* »[2109]. Cette impossibilité morale se conçoit notamment quand un transporteur refuse de livrer des marchandises à un endroit où un incident à une centrale nucléaire vient de se produire[2110].

§5. – Mise en œuvre de la résiliation des contrats intuitu personae par disparition de la confiance

343. Deux questions : la motivation de la résiliation et l'absence de délai de préavis. – Deux questions surgissent concernant l'exercice du droit de rupture à la suite de la perte de la confiance, tant en raison d'une mésintelligence que d'un motif grave. Tout d'abord, il apparait que l'impossibilité morale d'exécution suscite des difficultés au sujet de la motivation de l'acte de résiliation (**A**). Ensuite, l'existence d'un délai de préavis reste débattue dans ce domaine (**B**).

A. Résiliation motivée de la relation contractuelle

344. Contrats réglementés. – La loi organise les modalités d'exercice de la rupture de la confiance à la suite d'une mésintelligence ou d'un motif grave dans certaines conventions. Le pouvoir de dissoudre la convention appartient parfois aux juridictions ; à l'inverse, le législateur reconnait explicitement un droit de résiliation aux cocontractants dans d'autres hypothèses.

Aux termes des articles 2:73 et 4:16 du Code des sociétés et des associations, il revient au président du tribunal de l'entreprise de prononcer la dissolution de la société pour justes motifs quand il constate une mésintelligence durable entre les associés ou les actionnaires. Si l'on transpose les principes admis pour l'ancien article 45 du Code des sociétés à ces nouvelles dispositions, les associés et les actionnaires ne peuvent pas y déroger statutairement. L'ancien article 45 du Code des sociétés présentait effectivement un caractère impératif[2111]. La Cour de cassation veillait au respect de cet article avec rigueur : selon elle, les associés ne pouvaient pas prévoir de régler une demande de mésintelligence par une procédure d'arbitrage, à défaut de quoi ils auraient réduit la portée du droit d'accès au juge que le Code des sociétés leur accordait[2112].

La loi reconnait en général un droit de résiliation aux parties victimes d'un motif grave. L'article 35, alinéa 1er, de la loi du 3 juillet 1978 indique que l'employeur et le travailleur jouissent chacun d'un droit de résiliation dans cette situation ; l'article X.17, alinéa 1er, du Code de droit économique le prévoit aussi en présence d'un manquement grave ou d'une circonstance

---

[2108] *Ibidem*.

[2109] G.T. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Kluwer, Deventer, 2006, p. 11, n° 9.3. Voy. pour une analyse de ce point de vue : J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 410, n° 7.2.

[2110] G.T. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Kluwer, Deventer, 2006, p. 11, n° 9.3.

[2111] Voy. not. : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 344, n° 648 ; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, p. 249, n° 418 ; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. IV, *Verenigingen en vennootschappen*, deel II A, *De vennootschap*, Malines, Kluwer, 2011, p. 810, n° 494.

[2112] Cass., 2 février 1973, *R.C.J.B.*, 1975, p. 394. *Contra* : Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 308, n° 1657 et les réf. citées note 189.

exceptionnelle. Toutefois, le droit de résiliation n'a pas toujours un caractère bilatéral. Par exemple, l'article 7, alinéa 1er, de la loi sur les baux à ferme en confère un au bailleur et non au preneur.

345. Contrats non réglementés : consécration d'un droit de résiliation de principe en raison de l'impossibilité morale, durable et non imputable d'exécution. – La mise en œuvre de la dissolution du contrat pose plus de difficultés lorsque le législateur ne prévoit rien à cet égard.

La rupture de la confiance devrait entrainer l'extinction de plein droit des obligations contractuelles en vertu des principes de la caducité[2113]. La dissolution présenterait alors deux caractéristiques. *Primo*, la caducité par disparition de la confiance aurait un caractère automatique et pourrait donc s'imposer aux parties malgré elles[2114]. R. Jafferali résume cette idée, en écrivant que « la caducité d'une obligation intervient *de plein droit*. Elle résulte donc automatiquement de l'impossibilité d'exécution, même à l'insu des parties, et provoque ainsi l'extinction immédiate de l'obligation »[2115]. *Secundo*, la rupture de la confiance ou de l'affection provoquerait toujours la dissolution automatique de la totalité de la convention, étant donné que l'impossibilité d'exécution concernera toujours au moins une obligation principale de celle-ci[2116].

Toutefois, à notre sens, la dissolution automatique s'accorde mal avec les spécificités liées à la perte de la confiance ou de l'affection. Lors de la survenance d'une mésintelligence ou d'un motif grave, la caducité par disparition de la cause ne s'impose pas à la suite de la perte matérielle ou juridique de l'objet des obligations contractuelles ; à l'inverse, elle résulte d'un obstacle psychologique, à savoir d'une impossibilité morale d'exécution[2117]. Si cet obstacle se déduit de circonstances objectives, son existence dépend aussi de la personnalité de la partie qui s'en prévaut. Il convient donc de laisser une marge d'appréciation à celui qui invoque la disparition de la confiance ou de l'affection et, de ce fait, de lui reconnaitre un droit de résiliation[2118]. D'autres auteurs partagent cette analyse : ainsi P. Mousseron écrit-il que la caducité « permet, en effet, à une partie d'imputer les conséquences de la cessation du contrat à son partenaire sans nécessairement apporter la preuve d'une faute de celui-ci. Selon la majorité des auteurs, la caducité n'intervient pas de plein droit, ce qui serait trop automatique. Elle doit être déclenchée par une résiliation »[2119].

[2113] Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2053 ; Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, note P.A. FORIERS.

[2114] Voy. not., à cet égard, au sujet de la caducité d'une obligation par disparition de son objet : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 188, n° 26 ; S. JANSEN, *Prijsvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 702-703, n° 894 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 149, n° 197 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 53, n° 54.

[2115] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 188, n° 26.

[2116] Voy. not. en droit français : F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, p. 165, n° 134.

[2117] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 116, n° 112 ; J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190.

[2118] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.

[2119] P. MOUSSERON, « Les sanctions de l'altération du lien d'alliance du membre d'un groupement », *J.C.P.*, E, 2006, 1607, p. 721, n° 6. Voy. dans le même sens en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 167, n° 121.

346. Exceptions au droit de résiliation dans les contrats non réglementés. – En pratique, la survenance d'une impossibilité morale d'exécution n'implique pas toujours l'existence d'un droit de résiliation en faveur de sa victime. Deux tempéraments existent effectivement à ce sujet.

Tout d'abord, les parties peuvent prévoir l'existence d'un droit de résiliation lors de disparition de la confiance ou de l'affection. Tel est souvent le cas dans les contrats de crédit[2120] et dans les conventions de tontine ou d'accroissement[2121]. Cependant, il arrive que les cocontractants voient un danger dans le caractère potestatif de la résiliation, au point d'opter pour une condition résolutoire[2122]. La dissolution du lien contractuel a alors lieu de plein droit du fait d'un événement qui, dans leur intention commune, témoigne de la rupture de leurs sentiments[2123] (*supra*, n° 315).

La nature particulière d'une convention permet également d'exclure la dissolution, qu'elle prenne la forme d'une résiliation ou qu'elle ait lieu de plein droit. Le contrat de bail à nourriture illustre ces propos. En effet, selon certains auteurs belges et français, il convient de convertir l'obligation de cohabitation en une rente viagère lors de la paralysie de cette relation contractuelle[2124]. Cette solution repose sur un sentiment d'humanité à l'égard du bailleur : la dissolution de la convention préjudicie inévitablement cette partie, qui ne peut plus compter sur personne pour subvenir à ses besoins. Les cours et tribunaux se fondent parfois sur le caractère innomé du bail à nourriture afin de pouvoir substituer une rente viagère aux obligations du preneur[2125]. Il nous semble que le preneur conserve son droit de rupture dans ce cas. Toutefois, compte tenu du préjudice que son exercice peut occasionner au bailleur, le preneur en abuserait sans doute s'il ne lui proposait pas d'abord de convertir ses obligations en une rente viagère.

347. Motivation de l'acte de résiliation. – Une impossibilité morale d'exécution n'implique pas la reconnaissance d'un droit de résiliation *ad nutum* : admettre la solution inverse représenterait une atteinte à l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil[2126]. Dans cette logique, la partie qui résilie

---

[2120] Voy. not. D. BLOMMAERT et D. BRACKE, *De aansprakelijkheid van de bankier als kredietverlener in het gemeen en bijzonder kredietrecht*, Gand, Larcier, 2015, pp. 199-200, n° 161 ; S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 160, n° 68.

[2121] Voy. not. à cet égard : C. ROUSSIEAU, « La modalisation des clauses d'accroissement quant à leur durée : quelles évolutions ? », *Rev. not. b.*, 2019, p. 13, n° 7 ; M. VAN MOLLE et A.-S. GIGOT, « L'accroissement et la réversion », ni *L'option, la condition, le terme et la substitution. Effets civils et fiscaux sur l'organisation et la transmission d'un patrimoine*, Limal, Anthemis, 2017, p. 64, n° 56.

[2122] *Ibidem*. *Adde* : V. SAGAERT, « Groen licht voor aanwasbedingen die gekoppeld zijn aan de duurtijd van de relatie », note sous Cass., 21 octobre 2016, *T. Not.*, 2017, p. 59, n° 8 ; J.-Fr. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement (contrat aléatoire ; pacte sur succession future, copropriété volontaire et conséquences (article 815 du Code civil), abus de droit) », in *La copropriété*, P. LECOCQ (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 113, Liège, Anthemis, 2009, p. 72, n° 30.2.

[2123] D. MICHIELS, *Tontine et accroissement*, Malines, Kluwer, 2008, p. 50, n° 55.

[2124] F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Traité de droit civil belge*, t. III, *Les contrats*, vol. 4, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 547, n° 454 ; M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Les soins à la croisée des chemins de la planification patrimoniale, de la philanthropie et de la protection des personnes vulnérables », *R.P.P.B.I.*, 2017, p. 52, n° 30 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 350, n° 353. Voy. not. en droit français : Ph. MALHAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2014, pp. 591-592, n° 1005.

[2125] Voy. not. en droit français : Cass. fr. 1re civ., 8 janvier 1980, *RTD. Civ.*, 1980, p. 781, obs. G. CORNU ; Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.

[2126] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 399-400, n° 444 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 631, n° 645.

doit donc prouver qu'elle se trouve dans l'impossibilité morale, durable et non imputable de poursuivre la relation contractuelle. La motivation de l'acte de résiliation constitue donc la règle.

S'agissant de la mésintelligence, la motivation de la résiliation se conçoit sur la base des circonstances objectives qui attestent le caractère durable de l'impossibilité morale d'exécution[2127]. Une partie à une convention de tontine ou d'accroissement peut ainsi se fonder sur son changement de domicile ou sur l'échec des négociations destinées à rompre amiablement le contrat[2128] ; de même, selon la Cour de cassation française, le déménagement du bailleur à nourriture du domicile des preneurs constitue un fait objectif qui témoigne du caractère durable de la mésintelligence[2129].

Une double motivation s'impose en ce qui concerne le *motif grave*. Tout d'abord, le cocontractant qui l'invoque doit en apporter la preuve par toute voie de droit[2130] ; il doit aussi énoncer précisément les circonstances le fondant pour que l'autre partie puisse les comprendre et les contester[2131]. Ensuite, celui qui met fin au contrat doit démontrer que le motif grave crée objectivement un obstacle psychologique durable à l'exécution de ses obligations[2132]. Selon les cours et tribunaux, font partie de ces situations objectives à la base d'une impossibilité morale d'exécution : le fait que les actes d'une partie portent gravement atteinte à la réputation, à l'honneur ou à l'image de son partenaire ; le fait que les actes d'un cocontractant contreviennent aux normes déontologiques ou prudentielles applicables à la profession de l'autre ; le fait qu'une partie subit une condamnation judiciaire incompatible avec l'objet de ses obligations ou avec la fonction qu'elle occupe dans une société ; le fait qu'un cocontractant commette des actes – y compris de la vie privée – objectivement inconciliables avec l'objet de ses obligations ; le fait qu'une partie perpètre des injures graves ou des actes d'hostilité à l'égard de l'autre (*supra*, n^{os} 338-342).

Dans certains contrats, la loi encadre les formalités que le congé doit remplir. L'article 35 de la loi relative aux contrats de travail prescrit que le congé doit être notifié dans les trois jours de la connaissance des faits litigieux[2133]. En outre, pour le contrat d'agence commerciale, l'article X.17, alinéa 2, du Code de droit économique impose un délai de sept jours[2134]. Les contrats bancaires posent plus de difficultés. La résiliation de la convention doit se conformer aux

---

[2127] D. MICHIELS, *Tontine et accroissement*, Malines, Kluwer, 2008, p. 51, n° 56. En droit français : M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 349, n° 241.

[2128] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.

[2129] Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.

[2130] Voy. not. en ce sens dans le contrat du travail : H. DECKERS, « Le licenciement pour motif grave – Chronique de jurisprudence (2012-2016) – Définition et formalisme », *Ors.*, 2018, p. 20, n° 40 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016, p. 204 ; C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 25, n° 23.

[2131] Voy. à cet égard dans le contrat de travail : H. DECKERS et A. MORTIER, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 71-79, n^{os} 94-104 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 921, n° 1252. Voy. not. dans le contrat d'agence commerciale : P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 59, n° 61.

[2132] P. DEMOLIN et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 190, n° 429 ; P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 114, n° 102.

[2133] La notification par lettre recommandée suffit. Voy. not. H. DECKERS, « Le licenciement pour motif grave – Chronique de jurisprudence (2012-2016) – Définition et formalisme », *Ors.*, 2018, p. 16, n° 23 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 922, n° 1253.

[2134] Selon le texte de cet article, il faut une notification par lettre recommandée ou par exploit d'huissier. Voy. not. sur la portée de ce texte : P. DEMOLIN et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 190, n° 429 ; Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, pp. 21-23 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 64, n° 65.

dispositions de la loi anti-blanchiment dès lors que le client commet des opérations atypiques[2135]. Dans cette perspective, l'article 55, §1er, de cette loi limite notamment les informations que la banque peut divulguer à son client : ainsi l'institution financière ne peut-elle pas lui préciser qu'elle a transmis des informations bancaires à la Cellule de traitement des informations financières[2136].

B. Absence de délai de préavis

348. Contrats réglementés : absence d'un délai raisonnable de préavis. – L'octroi d'un délai raisonnable de préavis se pose pour les articles qui organisent la résiliation pour motif grave.

Dans le contrat de travail, d'aucuns admettent que la nature du motif grave s'oppose à l'octroi d'un délai raisonnable de préavis. L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit qu'un motif grave constitue « toute faute grave qui rend *immédiatement et définitivement* impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur »[2137]. Par son arrêt du 1er juin 1981[2138], la Cour de cassation a décidé que « la notion de "motif grave" est, en tant que telle, incompatible avec la continuation de l'engagement, même pour une courte durée »[2139]. Certains auteurs nuancent parfois cette opinion : J. Clesse écrit que « Dans les faits, la perte de la confiance n'est pas nécessairement démentie par la circonstance que l'exécution du contrat se poursuive quelques jours après la connaissance des faits, le cas échéant avec une vigilance accrue »[2140].

Ce problème se rencontre également dans le cadre de la résiliation du contrat d'agence commerciale pour manquement grave ou pour circonstance exceptionnelle. Dans la rigueur des principes, un délai raisonnable de préavis ne s'envisage pas dès lors qu'une partie résilie le contrat sur la base de l'un de ces fondements. Les juridictions le confirment régulièrement. Dans un arrêt du 13 décembre 2004[2141], la Cour d'appel de Liège a considéré « qu'il doit être souligné que l'invocation d'un manquement dont la gravité doit être telle qu'elle empêche la poursuite même momentanée des relations contractuelles est incompatible avec l'octroi d'un préavis, fût-il accordé dans l'intérêt exclusif [de l'auteur de la rupture] »[2142]. Par ailleurs, lors d'une décision du 3 juin 2008[2143], le Tribunal de commerce de Bruxelles a décidé que « *De beëindiging om dringende reden sluit de toekenning van een opzegtermijn, zelfs verkort, uit, omdat een dergelijk reden inhoudt dat de voortzetting van de samenwerking onherroepelijk onmogelijk is geworden. Bijgevolg is zelfs een opzegtermijn van vier dagen onverenigbaar met de tekst van de handelsagentuurwet* »[2144].

Une partie de la doctrine nuance cette opinion à propos du bref délai de préavis. Certains auteurs pensent qu'il y a place pour un tel délai quand ce dernier ne témoigne pas de la possibilité

[2135] Article 35, §1er, de la loi du 18 septembre 2017.
[2136] Pour le commentaire de cette disposition : Circulaire CBFA_2010_09 du 6 avril 2010 Modifiée par la circulaire CBFA_2011_09 du 1er mars 2011. Devoirs de vigilance à l'égard de la clientèle, la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, et la prévention du financement de la prolifération des armes de destructions massives (version coordonnée), p. 62, n° 7.1.3.2.
[2137] Nous soulignons.
[2138] Cass., 1er juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1121.
[2139] *Ibidem*, spéc. p. 1124. Voy. dans le même sens : Cass., 26 février 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 239, concl. J. LECLERCQ.
[2140] J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 32.
[2141] Liège, 13 décembre 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 969.
[2142] *Ibidem*, spéc. p. 970.
[2143] Comm. Bruxelles, 3 juin 2008, *R.A.B.G.*, 2010, p. 1009.
[2144] *Ibidem*, spéc. p. 1012.

de poursuivre la relation contractuelle[2145]. Selon P. Kileste et N. Godin, « l'on pourrait toutefois admettre que, comme cela a été le cas en matière de concession de vente, la partie qui se prévaut d'une faute grave puisse mettre fin au contrat en se prévalant de celle-ci, tout en accordant, dans l'intérêt commun des deux parties, un très bref délai de préavis à son cocontractant, afin de permettre à chacun, et principalement à lui aussi d'ailleurs, de pouvoir faire face aux conséquences qui résultent d'une rupture immédiate et sans préavis. Un tel préavis, qualifié de "préavis de survie", n'aurait pas pour effet de disqualifier la gravité de la faute invoquée pour justifier la résiliation immédiate »[2146]. Des motifs d'humanité envers l'auteur du manquement grave[2147] et la volonté d'éviter un préjudice dans le chef du cocontractant qui résilie justifient un bref préavis[2148].

349. Conventions non réglementées : absence d'un délai raisonnable de préavis, sauf circonstances exceptionnelles justifiant un *bref délai*. – Dans les conventions non réglementées, nous pensons qu'un *délai raisonnable* de préavis ne se concilie normalement pas avec la logique de l'impossibilité morale d'exécution résultant d'une mésintelligence ou d'un motif grave.

Toutefois, ce principe n'a pas de valeur absolue[2149].

Certaines juridictions ont ainsi admis un bref délai de préavis lorsque la résiliation immédiate de la convention provoque un préjudice disproportionné au cocontractant qui la subit. Dans son jugement du 30 juin 1998[2150], le Tribunal de première instance de Nivelles a effectivement considéré qu'un avocat pouvait constater la disparition de la confiance pour mettre fin à sa mission de conseil[2151], mais « pour autant qu'il ne le fasse pas d'une manière et à un moment où sa décision serait préjudiciable [à son client] »[2152]. Il nous semble que la solution du Tribunal s'apparente à une application de la théorie de l'interdiction de l'abus de droit : la résiliation sans délai raisonnable de préavis reste le principe, sauf si compte tenu des circonstances de la cause,

---

[2145] P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 178, n° 402 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 51. Voy. aussi, par analogie, les développements dédiés à la faute grave dans le domaine de la concession exclusive de vente : D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 124-125 ; J.-P. FIERENS, A.M. HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 37, n° 35.

[2146] P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 178, n° 402.

[2147] Voy. not. dans le contrat de concession, mais les principes sont transposables à l'agence commerciale : D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 124-125.

[2148] P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 51.

[2149] S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 160, n° 68. Voy. dans un sens similaire : F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 639-640, n^{os} 777-778.

[2150] Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 213.

[2151] Lorsque l'avocat met fin à sa mission de représentation de son client en justice, les règles du mandat s'appliquent. Ainsi, l'avocat bénéficie d'un droit de résiliation *ad nutum*, sans qu'il soit question de l'octroi d'un délai de préavis. Cependant, la solution finale ne différera pas réellement en pratique, car l'absence de préavis pourrait constituer un abus de droit. Cons. not. J.-P. BUYLE, « La résiliation par le client du contrat le liant à un avocat », obs. sous Mons 23 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1958-1959. Voy. not. sur l'article 2007 du Code civil : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 744, n° 893.

[2152] Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 214.

l'absence d'un bref délai cause un préjudice manifestement disproportionné à l'autre partie. Tel serait le cas si un avocat privait son client de son droit d'appel en résiliant sa mission sans délai[2153].

Les intérêts de l'auteur de la rupture justifient aussi un bref délai de préavis. La cessation immédiate de la relation contractuelle peut avoir un impact particulièrement néfaste sur chaque partie. Dans cette situation, l'octroi d'un bref délai de préavis permet à l'auteur de la rupture de prendre des mesures qui lui permettent d'éviter la survenance d'un préjudice grave : J.-P. Fierens, A.M. Haugaard, Th. Faelli et S. Griess soulignent « [qu'une] brève poursuite des relations pourrait être envisagée et admise dans certains cas afin de limiter le dommage engendré par l'arrêt brutal de la collaboration »[2154]. Les contrats bancaires illustrent ce propos. En effet, un établissement de crédit n'a pas toujours intérêt à résilier une convention sans délai, bien que son client représente un risque accru de fraude et que la loi anti-blanchiment l'oblige à cesser toute relation d'affaires : la rupture brutale peut compromettre certains remboursements ou même faire perdre le bénéfice de garanties réelles ou personnelles. La Banque nationale de Belgique et la F.S.M.A. admettent alors toutes deux que si l'institution financière subit un « préjudice grave et disproportionné »[2155], elle peut employer des mesures restrictives alternatives, qui consistent notamment « à refuser toute augmentation du montant prêté et à mettre fin à la relation d'affaires dans les meilleurs délais »[2156].

§6. – Conclusion intermédiaire

350. Fondements de la dissolution lors de la rupture de la confiance et de l'affection. – En pratique, la disparition de la confiance ou de l'affection peut déboucher sur la dissolution d'un contrat *intuitu personae*. Deux fondements théoriques permettent de le justifier.

Tout d'abord, les cocontractants règlent parfois cette question à l'avance : ils peuvent ainsi prévoir que la rupture de ces sentiments ouvre un droit de résiliation à l'un d'eux. La présence d'un tel droit se rencontre notamment dans les crédits. Les parties peuvent aussi opter pour une condition résolutoire. Dans cette situation, leur convention prendra fin lors de l'apparition d'un événement qui témoigne de la rupture de la confiance déterminante ou de l'affection (*supra*, n[os] 314-315).

La dissolution du contrat se fonde sur la théorie de la caducité par disparition de la cause subjective en l'absence d'une clause contractuelle. En effet, la rupture de la confiance et de

---

[2153] Le même devoir de modération s'observe lors de la rupture des crédits pour disparition de la confiance. Certaines juridictions vont même jusqu'à affirmer que le droit au préavis constitue la règle en la matière (Bruxelles, 8 septembre 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 573). Toutefois, nous pensons que l'absence de préavis reste la règle pour la résiliation fondée sur la disparition de la confiance déterminante, compte tenu du fait que la dissolution se justifie ici en raison de l'impossibilité morale de poursuivre la relation contractuelle (Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.-P. BUYLE). Voy. not. sur ce débat : S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, p. 160, n° 68.

[2154] Voy. not. dans le domaine de la concession exclusive, mais la solution se transpose à notre propos : J.-P. FIERENS, A.M. HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 38, n° 35.

[2155] Article 16 du Règlement du 3 juillet 2018 de l'Autorité des services et marchés financiers relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme approuvé par l'A.R. du 30 juillet 2018, *M.B.*, 7 août 2018 ; l'article 15, 2°, du règlement de la Banque nationale de Belgique du 21 novembre 2017 relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme approuvé par l'A.R. du 10 décembre 2017, *M.B.*, 22 décembre 2017.

[2156] Voy. le point n° 3.2. des commentaires de la Banque nationale de Belgique qui ont trait à son règlement relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme : Vigilance continue et détection des faits et opérations atypiques : commentaires et recommandations de la BNB, https://www.nbb.be/fr/supervision-financiere/prevention-du-blanchiment-de-capitaux-et-du-financement-du-terrorisme-57.

l'affection provoque l'extinction de la raison d'être des contrats *intuitu personae* qui reposent sur ces sentiments. En règle, la Cour de cassation n'admet pas cette cause de dissolution. Toutefois, à titre exceptionnel, il est vrai que la disparition d'un mobile déterminant d'un acte juridique implique sa dissolution quand elle provoque une impossibilité d'exécution (*supra,* n^{os} 320-322).

Enfin, la rupture de la confiance ou de l'affection peut entrainer une impossibilité d'exécution dans certains contrats *intuitu personae*. Cette impossibilité d'exécution revêt un aspect particulier : elle n'est ni matérielle, ni juridique, mais d'ordre moral. Une telle impossibilité se conçoit lors de la survenance d'une mésintelligence ou d'un motif grave (*supra,* n° 323).

351. Caractères de l'impossibilité morale d'exécution en présence d'une mésintelligence et d'un motif grave : un obstacle psychologique, durable et non imputable. – L'impossibilité morale d'exécution implique la caducité d'un acte juridique dans certaines circonstances.

Dans cette perspective, l'apparition d'une mésintelligence durable et non imputable à la partie qui l'invoque peut rendre un contrat *intuitu personae* au sens strict moralement impossible à exécuter : cette idée se rencontre dans le cadre de l'ancien article 45 du Code des sociétés, dans le contrat de bail à nourriture et dans les conventions de tontine ou d'accroissement. Elle s'explique par le fait que l'exécution de ces actes repose d'ordinaire sur un haut degré de confiance entre les parties. De la sorte, la caducité se justifie par le fait que la disparition de ces sentiments – le mobile déterminant – paralyse psychologiquement et durablement l'exécution des obligations contractuelles des parties : il existe alors une impossibilité morale d'exécution (*supra,* n^{os} 324-331).

Il arrive également que la survenance d'un motif grave constitue un obstacle psychologique à la continuation de la relation contractuelle. Certains actes d'une partie peuvent rompre définitivement ou à tout le moins durablement la confiance que l'autre lui porte. Le législateur le prévoit expressément dans les contrats de travail, d'agence commerciale et dans celui de bail à ferme. Ce constat se vérifie dans les contrats de crédit, d'édition ou encore de licence exclusive de marque. Afin de se prévaloir d'une impossibilité morale d'exécution, celui qui invoque le motif grave doit démontrer que les actes de son cocontractant constituent objectivement un obstacle psychologique durable à l'exécution de ses obligations. Par exemple, il s'agit du cas lorsque les actes d'une partie portent atteinte à l'image, la réputation ou l'honneur de l'autre. Le comportement d'un cocontractant peut aussi porter atteinte aux règles légales ou déontologiques applicables à la profession de l'autre. Enfin, un motif grave résulte d'une condamnation judiciaire ou d'actes objectivement incompatibles avec l'objet des obligations d'une partie (*supra*, n^{os} 332-342).

352. Modalités d'exercice du droit de résiliation. – Les effets de l'impossibilité morale d'exécution restent incertains en droit belge. La subjectivité inhérente à cette sorte d'impossibilité d'exécution suppose de reconnaitre l'existence d'un droit de résiliation à la partie qui s'en prévaut. Dans cette logique, la dissolution ne prend donc pas place de plein droit (*supra,* n° 345).

L'exercice de ce droit de résiliation requiert une motivation. Ce principe s'applique à la mésintelligence entre parties et à la survenance d'un motif grave. Les cours et tribunaux le confirment pour l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail et pour l'article X.17 du Code de droit économique. De ce fait, la partie qui met fin au contrat doit objectivement démontrer l'existence de l'obstacle psychologique durable à la base de l'impossibilité morale (*supra,* n° 347).

En définitive, l'octroi d'un délai raisonnable de préavis ne se concilie pas avec le concept d'impossibilité morale d'exécution. Les deux notions présentent un caractère incompatible. Toutefois, en pratique, ce principe connait deux tempéraments. *Primo,* un bref délai de préavis

s’envisage à partir du moment où la rupture du contrat occasionne un préjudice hors de proportion pour la partie à qui elle s’adresse. *Secundo*, l’auteur de la résiliation peut accorder un bref délai de préavis à l’autre partie afin d’éviter de subir un dommage du fait de la rupture (*supra*, n° 349).

Section 3. Le régime de la résolution des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance

353. Plan. – Dans cette section, nous examinerons le régime de la résolution de la convention *intuitu personae* lorsqu'une faute contractuelle rompt la confiance entre les cocontractants. Dans un premier temps, nous rappellerons les principes qui régissent la résolution judiciaire et par déclaration du contrat (**§1er**). Ensuite, dans un deuxième temps, nous examinerons les différentes dispositions légales organisant la rupture de la convention quand une inexécution contractuelle grave mine définitivement ou durablement la confiance entre les parties ; nous donnerons également un panorama des fautes contractuelles à la base de rupture de ce sentiment (**§2**).

§1er. – Principes relatifs à la résolution judiciaire et par déclaration du contrat

354. Résolution judiciaire et par déclaration. – La doctrine et la jurisprudence ont balisé les règles qui concernent la résolution judiciaire de la convention (**A**). À l'inverse, la résolution unilatérale ou par déclaration sème le trouble depuis longtemps en droit belge. Toutefois, en dépit de la formulation de l'article 1184 du Code civil, la Cour de cassation a reconnu son existence (**B**).

A. Résolution judiciaire du contrat

355. L'article 1184 du Code civil à la base de la résolution judiciaire. – L'article 1184 du Code civil constitue le siège de la résolution judiciaire, en énonçant que « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». De cette disposition, il apparait que la résolution suppose trois conditions.

356. Un contrat synallagmatique et une mise en demeure préalable. – La résolution judiciaire s'applique aux contrats synallagmatiques et requiert une mise en demeure préalable de la part du créancier victime de l'inexécution contractuelle. Ces conditions appellent deux précisions.

La Cour de cassation rappelle souvent que la résolution trouve sa source dans l'interdépendance des obligations réciproques des parties[2157]. La doctrine estime donc que ce remède s'applique, en principe, aux contrats synallagmatiques parfaits et imparfaits[2158]. La résolution suppose également une convention valable lors de la survenance de l'inexécution contractuelle, mais pas au moment où le juge statue sur la demande de résolution[2159]. Par un arrêt du 25 février 1991[2160], la Cour de cassation a ainsi considéré que « la résolution judiciaire d'un contrat à prestations successives peut également avoir un effet rétroactif à partir du moment où l'exécution du contrat n'est plus poursuivie et où, dès lors, il n'y a pas lieu à restitution ; que la fin

[2157] Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 438 ; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 240.
[2158] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 192, n° 269 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 897-903, n° 583 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 625-626, n° 662.
[2159] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 625, n° 661, spéc. note 849 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 403, n° 22.
[2160] Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 616.

du contrat survenue avant que le juge saisi de la demande en résolution se soit prononcé, n'a, partant pas nécessairement pour conséquence que cette demande serait privée d'objet »[2161].

Ensuite, si la résolution judiciaire suppose une mise en demeure préalable[2162], cette règle connait des exceptions[2163]. Une impossibilité d'exécution résultant de la rupture de la confiance entre cocontractants en fait partie[2164]. Dans un arrêt du 24 mars 1972[2165], concernant la résolution d'un contrat d'architecte, la Cour de cassation a ainsi constaté que les préposés du prestataire « n'ont pas hésité à faire clandestinement majorer le montant des adjudications de sommes destinées en fin de compte à l'architecte et que le maître de l'ouvrage devait ignorer, ce qui a suscité, à juste titre, chez le défendeur le sentiment d'être trompé et a fait disparaître, par la faute de l'architecte, la confiance nécessaire et indispensable à la formation et au maintien des liens contractuels entre maître de l'ouvrage et architecte »[2166]. Dès lors, la Cour ajoute qu'en « constatant ce manquement, la Cour d'appel justifie légalement l'inutilité d'une mise en demeure »[2167].

357. Une faute contractuelle grave. – La résolution judiciaire de la convention suppose la présence d'une faute contractuelle grave de la part du débiteur[2168]. Pour la Cour de cassation, le juge du fond apprécie souverainement la gravité du manquement reproché à ce cocontractant[2169].

Les cours et tribunaux recourent à différents critères d'appréciation afin de conclure à l'existence d'une faute grave dans le chef du débiteur : la référence à la gravité intrinsèque du manquement, au caractère principal de l'obligation en souffrance ou encore au dommage résultant de l'inexécution permet notamment de conclure à l'existence d'une faute contractuelle grave[2170].

Toutefois, à la suite de certains auteurs[2171], il est vrai que les juridictions se réfèrent régulièrement au critère de l'utilité économique[2172]. Il revient à S. Stijns de l'avoir théorisé. Selon cette auteure, « l'importance du manquement est mesurée par rapport à l'utilité économique que le créancier attendait du contrat et qu'il peut encore attendre après l'inexécution par le débiteur. Ainsi, un manquement qui prive le créancier de tout intérêt économique est-il suffisamment grave pour justifier la résolution. C'est, tout compte fait, le *critère de la proportionnalité* qui s'applique :

[2161] *Ibidem*, spéc. p. 619. Dans le même sens en matière locative : Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370.
[2162] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 903-904, n° 585 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 628, n° 665 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 407-408, n° 25.
[2163] Voy. not. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 455-460, nos 476-482.
[2164] Voy. not. : Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019, p. 62.
[2165] Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693.
[2166] *Ibidem*, spéc. p. 694.
[2167] *Ibidem*.
[2168] Cass., 28 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2062 ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1979.
[2169] Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1179.
[2170] Cons. pour une typologie : J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 461-462, nos 18-20.
[2171] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 193, n° 272 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 421-424, n° 33. Voy. not. dans le même sens : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 630, n° 668 ; J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 461-462, nos 18-20.
[2172] Voy. not. : Comm. Hainaut (div. Mons), 9 janvier 2018, *R.G.D.C.*, 2019, p. 54 ; Comm. Mons, 3 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 217 ; J.-P. Torhout, 22 juin 2004, *J.J.P.*, 2006-2007, p. 242.

l'intérêt que le créancier a au maintien du contrat et celui qu'il a à sa résolution, sont mis en balance avec le préjudice subi par le débiteur défaillant en cas de résolution »[2173].

Dans ce cadre, R. Jafferali ajoute à bon droit que l'inexécution ne doit pas présenter un caractère définitif ou durable afin de justifier l'application de l'article 1184 du Code civil : ainsi a-t-il écrit, à cet égard, que « la résolution peut résulter de toute inexécution du contrat suffisamment grave, imputable à la faute du débiteur (donc non seulement une impossibilité fautive et définitive d'exécution, mais aussi, par exemple, une impossibilité temporaire d'exécution, une exécution défectueuse mais encore susceptible d'être remédiée voire un simple retard dans l'exécution » [2174].

B. Résolution unilatérale ou par déclaration du créancier du contrat

358. Consécration ambiguë de la résolution unilatérale par la Cour de cassation : les arrêts du 2 mai 2002 et du 16 février 2009. – En vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, « La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ». Afin de respecter le prescrit de cette disposition, la Cour de cassation a fait preuve d'ambiguïté au sujet de la reconnaissance de la résolution unilatérale, c'est-à-dire extrajudiciaire.

Certains arrêts comportaient une importante dose d'incertitude. Dans deux décisions du 2 mai 2002[2175], la Cour a considéré que l'article 1184, alinéa 3, du Code civil « ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat comme résolu ; Que l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale est soumise au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire »[2176]. La haute juridiction avait confirmé son opinion dans un autre arrêt du 16 février 2009[2177].

Ces décisions ont divisé les auteurs belges. Elles faisaient effectivement l'objet de trois lectures différentes : certains les considéraient d'abord comme la consécration de la résolution unilatérale, malgré plusieurs imprécisions terminologiques[2178] ; à l'inverse, à la suite d'une interprétation littérale des termes de la Cour de cassation, d'autres y voyaient le rejet de cette sorte

[2173] S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 422-423, n° 33.
[2174] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 207, n° 35.
[2175] Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1046.
[2176] *Ibidem*, spéc. p. 1046.
[2177] Cass., 16 février 2009, *J.T.*, 2010, p. 352.
[2178] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. I, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 913-914, n° 590 ; M. DUPONT, « La résolution unilatérale : (encore) une occasion manquée par la Cour de cassation», *J.T.*, 2010, p. 343 ; A. VAN OEVELEN, « De buitenrechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard », obs. sous Cass. 2 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 503, n° 2 ; S. STIJNS, « De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 264-265, n^{os} 21-24.

de résolution[2179] ; une dernière tendance doctrinale se montrait favorable à la reconnaissance d'une sanction *sui generis*[2180] ou à la reconnaissance d'une résolution extrajudiciaire en mode mineur[2181].

De leur côté, les cours et tribunaux ont parfois rallié la doctrine favorable à la reconnaissance de la résolution unilatérale[2182]. Plusieurs juridictions ont admis que le créancier pouvait résoudre le contrat à ses risques et périls lors de *circonstances exceptionnelles*. Dans ce cas de figure, l'octroi de termes et délais par le juge perd tout son sens, de sorte que le libellé de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil ne s'oppose pas à la résolution unilatérale : l'urgence, l'obligation pour la victime d'une inexécution de prendre des mesures raisonnables afin de limiter son dommage et l'impossibilité d'exécution font partie de ces circonstances exceptionnelles[2183] ; de même, tel est le cas lorsqu'une inexécution implique la perte de la confiance nécessaire à la continuation de la relation, c'est-à-dire en présence d'une impossibilité morale d'exécution[2184].

359. Consécration claire de la « résolution par déclaration du créancier » par la Cour de cassation : l'arrêt du 23 mai 2019. – Un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2019 a mis fin à l'incertitude entourant la reconnaissance de la résolution unilatérale[2185]. Dans cette affaire, sur le plan terminologique, la Cour a reconnu l'existence de la « résolution par déclaration du créancier ».

Le créancier doit respecter trois conditions pour mettre en œuvre ce remède[2186].

1° Selon la Cour de cassation, l'article 1184, alinéa 3, du Code civil « ne fait pas obstacle à ce qu'en cas de résolution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire, le créancier décide à ses risques et périls de résoudre le contrat par une notification au débiteur »[2187]. Compte tenu de ces termes, le créancier ne doit donc pas prouver l'existence de circonstances exceptionnelles pour déclarer la convention résolue : il ne doit notamment pas montrer qu'une impossibilité définitive d'exécution rend l'octroi de tout terme et délai inutile[2188] ; un manquement

---

[2179] Voy. not. : J. BAECK, « (Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten », *T.P.R.*, 2008, pp. 357-359, n° 43 ; L. CORNELIS, « De ontbinding: het treurige einde van een mooi verhaal? », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 227.

[2180] R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 842-846, n° 362.

[2181] P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », obs. sous Cass. 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 347, n° 33.

[2182] Voy. not. : Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019, p. 62 ; Comm. Hainaut (div. Mons), 9 janvier 2018, *R.G.D.C.*, 2019, p. 54 ; J.P. Zomergem, 3 juin 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 253 ; Comm. Mons, 3 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 217 ; Comm. Mons, 6 juillet 2004, *D.A.O.R.*, 2006, p. 139.

[2183] La plupart des auteurs ont toujours reconnu que l'urgence, l'impossibilité définitive d'exécution et la perte de la confiance constituent des circonstances exceptionnelles justifiant la résolution unilatérale. Voy. à cet égard : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 204, n° 285 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 603-605, n^{os} 462-464. Voy.. not. également : P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », obs. sous Cass. 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 312-313, n° 9.

[2184] Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019, p. 62 ; Comm. Mons, 6 juillet 2004, *D.A.O.R.*, 2006, p. 139.

[2185] Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474, note S. STIJNS et S. JANSEN.

[2186] Voy. not. sur sur le commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2019 : S. STIJNS et P. WÉRY, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, pp. 21-25 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 477-490.

[2187] Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474, spéc. p. 475.

[2188] Voy. not. en ce sens : S. STIJNS et P. WÉRY, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, p. 24, n° 5 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 488, n° 23.

contractuel temporaire, mais grave, suffit afin de mettre ce remède en œuvre. La résolution judiciaire et par déclaration convergent maintenant sur cette condition. Cette solution rejoint l'exposé des motifs de l'article 5:96 de la proposition de réforme du droit des obligations[2189].

2° La décision du créancier sortit ses effets par une notification. Dans ce cadre, la Cour de cassation ajoute que « cet acte unilatéral de résolution produit effet tant qu'il n'a pas été déclaré inefficace par un juge ». La déclaration du créancier se conçoit donc comme un acte juridique unilatéral et non comme une simple situation de fait dépourvue de conséquences juridiques[2190]. En outre, contrairement à l'article 5:96 de la proposition de réforme, la Cour de cassation ne précise pas que la notification doit revêtir une forme écrite ; une notification orale suffit en toute logique.

3° Enfin, à la lecture des termes de cet arrêt, la Cour de cassation n'indique rien sur la mise en demeure du débiteur. Selon nous, la résolution par déclaration du créancier ne bénéficie pas d'un statut particulier sur ce point. Le créancier de l'obligation inexécutée doit donc mettre son débiteur en demeure afin de lui laisser un dernier délai pour s'exécuter, à l'instar de la résolution judiciaire[2191]. Toutefois, en vertu du droit commun, il nous semble que ce principe reçoit exception en présence de circonstances exceptionnelles : ainsi en est-il dès lors que la disparition de la confiance rend la continuation de la relation durablement impossible entre les cocontractants[2192].

§2. – Régime de la résolution des contrats intuitu personae *lors de la survenance d'un manquement contractuel à la base de la disparition de la confiance*

360. Dispositions relatives au motif ou au manquement graves, clauses contractuelles et panorama des inexécutions à la base de la disparition de la confiance entre parties. – Plusieurs dispositions légales organisent la rupture du contrat lorsqu'un manquement grave rompt la confiance déterminante entre les cocontractants. Ces dispositions n'excluent pas nécessairement le recours à l'article 1184 du Code civil (**A**). En pratique, il arrive que les parties prévoient le régime de la résolution pour disparition de la confiance (**B**). Enfin, il apparait que plusieurs fautes contractuelles peuvent ébranler ou rompre la confiance déterminante entre les cocontractants (**C**).

A. Résolution et les dispositions relatives au motif ou au manquement graves

361. Résolution et article 35 de la loi du 3 juillet 1978. – Dans le contrat de travail, le motif grave se conçoit comme toute faute qui rend la collaboration immédiatement et irrémédiablement impossible entre les cocontractants. D'aucuns admettent qu'une faute contractuelle grave peut constituer un obstacle psychologique à la continuation de cette convention[2193] (*supra*, n° 333).

[2189] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2019, n° 3709/001, p. 111.

[2190] La Cour de cassation met ainsi fin au débat qui existait sur le statut de la décision du créancier. En effet, selon certains auteurs, compte tenu des termes employés par la Cour dans ses arrêts du 2 mai 2002, il fallait considérer que la résolution unilatérale n'avait aucune portée juridique ; cette décision se résumait à une simple situation de fait, c'est-à-dire à une simple anticipation de la décision du juge. Voy. not. en faveur de cette opinion : J. BAECK, « (Feitelijke?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten », *T.P.R.*, 2008, pp. 363-365, n^{os} 50-51.

[2191] S. STIJNS et P. WÉRY, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, p. 24, n° 5 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 488-489, n° 24.

[2192] Voy. not. : Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019, p. 62 ; Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693.

[2193] C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016, p. 2 ; H. DECKERS et A. MORTIER, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 14-15, n° 15 ; C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 13, n° 8 ; V. VANNES, *Le contrat*

Une multitude de manquements contractuels présentent une gravité suffisante pour constituer un motif grave au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 : il en va ainsi des vols commis lors de l'exécution de la relation professionnelle[2194], de l'insubordination et du manque de respect de la part d'un employé envers ses supérieurs[2195], des manquements répétés aux horaires de travail[2196], de l'absence d'information précise de la part du travailleur sur le fait qu'il ne pouvait se présenter au travail, parce qu'il avait été placé en détention préventive[2197] ou encore sur l'absence totale du respect des bonnes mœurs et des règles de convenances sur le lieu de travail[2198].

L'article 35 de la loi sur le contrat de travail n'exclut pas le recours à l'article 1184 du Code civil. La faute contractuelle grave à l'origine de la résolution de la convention ne se confond pas avec celle à la base de la rupture immédiate du contrat pour motif grave : une inexécution contractuelle peut avoir une gravité suffisante pour justifier la résolution judiciaire et par déclaration, sans toutefois rendre sa continuation immédiatement et définitivement impossible entre les parties[2199]. La résolution judiciaire ou par déclaration suppose une mise en demeure afin de laisser un dernier délai au débiteur. Pour M. Davalgue, « la résolution judiciaire constitue également une alternative au congé pour motif grave quand la faute invoquée ne répond pas aux conditions de forme ou de fond exigées par l'article 35 de la loi sur le contrat de travail »[2200].

De la sorte, les fautes contractuelles suivantes justifient la résolution à la suite de la mise en demeure de la partie à la base de l'inexécution du contrat : la falsification de documents à la suite d'imprégnation alcoolique du travailleur[2201], le refus répété de la part d'un employé d'exécuter les instructions de ses supérieurs dont celui de se soumettre à un contrôle médical obligatoire[2202], les fautes répétées dans la gestion des comptes et des statuts d'une ASBL par un employé de celle-ci chargé de ces tâches[2203] ou encore des actes de concurrence illicite de la part d'un travailleur dont la société privée recueillait le paiement de factures dues à son employeur[2204].

362. Résolution et article X.17 du Code de droit économique. – L'article X.17 du Code de droit économique suit les principes applicables à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978[2205]. Dans le

de travail : aspects théoriques et pratiques, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 894, n° 1126 ; J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190. Voy. not. dans le même sens pour la Cour de cassation : Cass., 26 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1513.

[2194] C.T. Bruxelles, 25 mai 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 359.

[2195] C.T. Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 140.

[2196] Cass., 20 mars 2000, *Pas.*, 2000, p. 621.

[2197] C.T. Gand, 14 mai 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 81.

[2198] C.T. Liège, 13 février 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 317.

[2199] W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social-droit du travail 2018-2019*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 2450-2451, n° 4379 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 902, n° 1235 et p. 905, n° 1237 ; M. DAVAGLE, « La résolution judiciaire du contrat de travail », *Ors.*, 2008, n° 9, p. 5 ; B. PATERNOSTRE, « Résolution judiciaire : applications pratiques », *Ors.*, 2008, n° 9, pp. 14-22.

[2200] M. DAVAGLE, « La résolution judiciaire du contrat de travail », *Ors.*, 2008, n° 9, p. 5.

[2201] C.T. Liège, 1er décembre 1988, *Chron. D.S.*, 1989, p. 141.

[2202] Trib. Trav. Bruxelles, 5 septembre 1983, *J.T.T.*, 1985, p. 18.

[2203] Trib. Trav. Bruxelles, 4 septembre 1992, *J.T.T.*, 1994, p. 15. Voy., dans un sens similaire, pour la passation d'un achat important qui excède les pouvoirs de gestion du directeur d'une a.s.b.l. sans l'accord du conseil d'administration : Trib. Trav. Verviers, 7 octobre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 245.

[2204] C.T. Liège, 14 mars 2005, *Chron. D.S.*, 2005, p. 243.

[2205] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 355-1, p. 18.

contrat d'agence commerciale, une faute contractuelle grave peut donc représenter un obstacle psychologique qui rompt immédiatement et irrémédiablement la confiance entre les parties[2206].

Ces propos se vérifient à la lecture de l'exposé des motifs de l'ancienne loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale : un manquement grave peut consister dans « l'acceptation par l'agent de "pots de vin", [dans] les infractions aux dispositions du contrat interdisant à l'agent de conclure pour son compte personnel ou de s'occuper de la représentation de firmes concurrentes, [dans] la désignation par le commettant d'un deuxième agent alors que le contrat d'agence assurait l'exclusivité »[2207]. De surcroit, les juridictions illustrent la notion de faute contractuelle grave à l'origine d'un obstacle psychologique à la continuation du contrat. Il s'agit notamment du cas lorsqu'il est question de l'utilisation de valeurs à des fins privées par un agent de banque[2208], de la vente de produits concurrents à ceux du commettant alors qu'un devoir de collaboration loyale l'interdit à l'agent[2209], de manquements répétés aux obligations comptables prescrites par le commettant[2210] ou encore au non-respect des prix imposés par ce dernier[2211].

Dans cette perspective, d'aucuns pensent que l'article X.17 du Code de droit économique n'exclut pas l'article 1184 du Code civil pour les fautes contractuelles certes graves, mais qui n'impliquent pas une rupture immédiate et définitive de la confiance[2212]. La résolution judiciaire et par déclaration nécessitent une mise en demeure : ainsi P. Crahay écrit-il, à ce sujet, que « La faute grave qui permet à l'une des parties de résilier le contrat immédiatement est une notion plus restrictive que la faute suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire »[2213]. Dans une décision du 29 mai 1998[2214], le Tribunal de commerce d'Anvers a prononcé la résolution d'un contrat aux torts de l'agent en raison du non-paiement des commissions échues à son commettant.

363. Résolution et article X.36 du Code de droit économique. – Aux termes de l'article X.36, alinéa 1er, du Code de droit économique, il apparait que « Lorsqu'une concession de vente soumise au présent titre est accordée pour une durée indéterminée il ne peut, hors le manquement grave d'une des parties à ses obligations, y être mis fin que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité à déterminer par les parties au moment de la dénonciation du contrat ».

Selon une large partie de la doctrine, cette disposition se trouve à la base de la rupture sans délai raisonnable de préavis de la concession exclusive de vente quand une faute contractuelle grave rend la poursuite de la collaboration immédiatement et définitivement impossible entre les

---

[2206] P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 176, n° 400 ; Y. Van COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij art. X.16-17 WER », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, pp. 15-16 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 51, n° 50.
[2207] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 355-1, p. 18.
[2208] Anvers, 30 octobre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 939.
[2209] Bruxelles, 12 juillet 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 401.
[2210] Bruxelles, 22 septembre 2017, *D.A.O.R.*, 2018, p. 87.
[2211] Bruxelles, 26 février 2013, *R.A.B.G.*, 2015, p. 608.
[2212] P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 55, n° 55 ; A. MOTTET HAUGAARD et Th. FAELLI, « Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004) », *D.A.O.R.*, 2005, p. 229, n° 64 ; S. WILLEMART et M. WILLEMART, « Examen de jurisprudence : 1995-2004. Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995) », *J.T.*, 2005, p. 95.
[2213] P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 55, n° 55.
[2214] Comm. Anvers, 29 mai 1998, *R.D.C.*, 1998, p. 773.

parties[2215]. Ces propos se vérifient notamment lorsqu'un concessionnaire commet des manquements répétés à ses obligations contractuelles[2216] ou lorsqu'il n'honore pas le paiement de commandes passées à son concédant[2217]. En outre, compte tenu de son libellé, certains auteurs estiment que cet article ne vise pas les faits étrangers aux obligations des parties[2218]. M. Willemart et S. Willemart confirment que « Lorsqu'elle est étrangère à toute obligation contractuelle, en ce compris celles dérivant des articles 1134 et 1135 du Code civil, la faute de comportement d'une des parties à un contrat de concession de vente ne peut à notre avis en justifier la rupture »[2219].

Dans cette logique, le manquement grave de l'article X.36 du Code de droit économique ne s'identifie pas nécessairement à la faute contractuelle grave requise par l'article 1184 du Code civil : une action en résolution – ou la résolution par déclaration – se conçoit donc, après mise en demeure, pour des fautes contractuelles qui ne font pas irrémédiablement et définitivement obstacle à la poursuite de la convention[2220]. La mise en œuvre de la résolution présente alors des avantages. Par exemple, un cocontractant pourrait introduire une action en résolution après avoir rompu le contrat pour manquement grave afin d'obtenir une indemnisation complète de son préjudice[2221].

364. Résolution et les articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations. – Les articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations permettent au président du tribunal de l'entreprise de prononcer la dissolution d'une société pour de justes motifs. Ces derniers consistent

---

[2215] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 106 ; B. GOOSSENS et I. VANHAUTE, « Concessies van alleenverkoop », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, p. 119, n° 83 ; M. WAGEMANS, *Concession de vente*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 57, n° 117 ; J.P. FIERENS, A.M. MOTTET HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 35, n° 37.

[2216] Bruxelles, 20 octobre 2011, *R.D.C.*, 2013, p. 122.

[2217] Comm. Bruxelles, 24 novembre 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 476.

[2218] M. WILLEMART et S. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143. *Contra* : M. WAGEMANS, *Concession de vente*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 58, n° 117. Il nous semble que la résiliation se conçoit dès lors que la confiance représente *in concreto* un élément déterminant de la relation contractuelle et qu'un fait étranger aux obligations constitue objectivement un obstacle psychologique à la continuation de la relation contractuelle. Par exemple, la prise de contrôle du concessionnaire par le concurrent principal du concédant illustre cette idée à partir du moment où il existe un risque de perte de secrets industriels.

[2219] M. WILLEMART et S. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143.

[2220] Cass., 22 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 849. Voy. not. sur ce point : P. KILESTE et C. STAUDT, « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019, p. 368, n° 76 ; D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 105 ; J.P. FIERENS, A.M. MOTTET HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 43, n° 41. Selon M. Willemart et S. Willemart, le manquement grave prévu par l'article X.36 du Code de droit économique équivaut à la faute contractuelle grave requise pour agir en résolution sur la base de l'article 1184 du Code civil. En revanche, ces auteurs constatent que « la jurisprudence considère plus fermement dans le cas d'une rupture immédiate que dans celui d'une action en résolution, que la faute grave n'a, sauf exception, pas le caractère de gravité requis lorsque son invocation s'accompagne d'une poursuite temporaire de la concession » (S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 139).

[2221] J.P. FIERENS, A.M. MOTTET HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 43, n° 41.

en tout fait qui rend impossible la poursuite normale des affaires sociales[2222]. Conformément au libellé de la première disposition, un juste motif de dissolution de la société existe notamment dès lors qu'un « actionnaire ou un associé manque gravement à ses obligations » (*supra*, n° 325).

Plusieurs fautes contractuelles constituent un juste motif. Certaines s'avèrent à ce point graves qu'elles représentent un obstacle psychologique à la poursuite de la convention : ainsi en est-il de l'exercice d'une activité concurrente par un associé d'une société de personnes[2223], de l'absence de tenue de toute comptabilité à la base d'un grave préjudicie pour la société[2224] ou de certains faits *a priori* étrangers aux obligations des associés, mais qui constituent des fautes contractuelles en raison de l'atteinte grave qu'ils causent à la réputation de l'association[2225]. Nous reviendrons sur ce dernier point qui se comprend à la lumière de l'existence d'un devoir de collaboration loyale dans certains contrats *intuitu personae* au sens strict (*infra*, n[os] 371-374).

Les articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations entretiennent une relation complexe avec l'article 1184 du Code civil. Certains auteurs pensent que ces deux dispositions absorbent la résolution lorsque cette dernière implique la dissolution *totale* du contrat de société[2226]. Selon Th. Tilquin et V. Simonart, la dissolution pour justes motifs « n'exclut donc pas la possibilité de demander, sur la base de l'article 1184, la résolution *partielle* du contrat aux torts de l'associé fautif »[2227]. Cette opinion emporte la conviction. En effet, au sein de l'exposé des motifs du Code des sociétés et des associations, il apparait que le législateur conçoit la dissolution pour justes motifs comme un remède ultime qui s'applique en l'absence d'autres recours moins radicaux[2228].

Une partie de la doctrine envisage la résolution partielle d'un contrat dès lors qu'il comprend plus de deux parties, c'est-à-dire quand il présente un caractère multipartite[2229]. L'article 4:20 du Code des sociétés et des associations prévoit d'ailleurs « [qu'en] cas de manquement d'un associé, les autres associés peuvent demander que la convention soit résolue à son égard seulement, pour autant que la société puisse subsister sans cet associé et que la réalisation de son objet ne

---

[2222] Voy. not. à cet égard : B. TILLEMAN, *De ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1997, pp. 200-201, n° 387 ; B. TILLEMAN, « De gerechtelijk ontbinding: een laatste redmiddel », *T.R.V.*, 1992, pp. 495-496, n° 7.
[2223] Bruxelles, 29 novembre 1892, *R.P.S.*, 1893, p. 15.
[2224] Cass. fr. req., 13 mars 1922, *S.*, 1923, I, p. 14.
[2225] B. TILLEMAN, « De gerechtelijk ontbinding: een laatste redmiddel », *T.R.V.*, 1992, p. 496, n° 7.
[2226] F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, p. 95, n° 58. Une partie de la doctrine plaidait déjà pour cette solution dans le cadre de l'ancien article 45 du Code des sociétés et même sous l'empire de l'ancien article 1871 du Code civil (Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 220, n° 1504). Ce point de vue se transpose aux articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations. D'autres ont admis la résolution du contrat sans restriction quant à la portée de la dissolution. Voy. not. : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 111, n° 103.
[2227] Nous soulignons (Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 220, n° 1504). Voy. dans le même sens : F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, p. 95, n° 58 ; P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, p. 194, n° 44.
[2228] *Doc. Parl.*, Ch. repr., Sess. ord. 2014-2019, Doc. n° 3119/001, p. 84.
[2229] Voy. not. à ce sujet : S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, « De ontbinding en de exceptie van niet-uitvoering bij meerpartijenovereenkomsten », in *Meerpartijenovereenkomsten – Contrats multipartites*, I. SAMOY et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2013, pp. 118-120, n[os] 10-11 ; I. SAMOY, « De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatie-arrest van 17 oktober 2008 », *R.G.D.C.*, 2011, p. 197, n[os] 27-28.

devienne pas impossible ». Il faut donc admettre que la résolution partielle d'un contrat de société reste possible si elle ne porte pas atteinte aux prescriptions des parties ni à son économie[2230].

Ces principes s'appliquent principalement à la société simple et aux autres sociétés de personnes. Il est vrai que le caractère *intuitu personae* au sens strict des obligations ressortant d'une société simple ou d'une société de personnes fait obstacle à la résolution partielle[2231]. Toutefois, rien ne s'oppose à reconnaitre l'existence d'exceptions puisque ce caractère varie en pratique[2232]. Selon P.A. Foriers, à l'examen des stipulations des parties, « Pourquoi, par exemple, refuser que le contrat soit résolu pour inexécution fautive ou annulé pour vice de consentement à l'égard d'un associé seulement (l'associé fautif ou l'associé dont le consentement a été vicié) s'il s'avère que dans l'économie des accords des parties, la présence de cet associé n'est pas essentielle, par exemple, parce que les statuts prévoient que chaque associé peut démissionner *ad nutum* moyennant le respect d'un certain préavis ou céder librement ses parts à un tiers »[2233] ; la résolution partielle n'affecte pas non plus l'économie des « contrats largement ouverts en ce sens qu'ils sont appelés à accueillir des parties supplémentaires par l'adhésion ou, à l'inverse, à en perdre sans pour autant cesser d'exister, du moins si le nombre minimum de parties prévu ou certaines autres conditions essentielles du maintien du contrat aux yeux des parties subsistent »[2234].

B. Clauses organisant la résolution du contrat à la suite de la rupture de la confiance

365. Clause de résolution simple et clause résolutoire expresse. – En pratique, il arrive que les cocontractants organisent parfois le régime de la résolution de leur convention lorsque le manquement contractuel de l'un d'eux rompt la confiance déterminante que l'autre lui porte[2235].

Les parties peuvent prévoir une clause de résolution simple. Cette dernière se limite à autoriser le créancier à demander la résolution du contrat en justice sans pour autant le dispenser d'une mise en demeure[2236]. Dans cet ordre d'idées, il apparait que l'article 9.4 du contrat-type des architectes prévoit – au titre de la « *Résiliation pour faute commise par le maître de l'ouvrage* » – que « La résiliation [*i.e.* la résolution] du présent contrat ne peut intervenir sur initiative de

---

[2230] Voy. not. à ce sujet : P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, p. 196, n° 47 ; S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, « De ontbinding en de exceptie van niet-uitvoering bij meerpartijenovereenkomsten », in *Meerpartijenovereenkomsten – Contrats multipartites*, I. SAMOY et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2013, pp. 154-155, n° 71 ; I. SAMOY, « De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatie-arrest van 17 oktober 2008 », *R.G.D.C.*, 2011, p. 197, n^{os} 27-28.

[2231] D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, p. 169, n° 92.

[2232] Voy. not. : P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, p. 196, n° 47 ; Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 220, n° 1504.

[2233] P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, p. 196, n° 47.

[2234] *Ibidem*, p. 198, n° 50.

[2235] Voy. not. pour un aperçu des différentes clauses contractuelles relatives à la résolution du contrat d'*outsourcing* lorsqu'un manquement contractuel rompt la confiance entre les cocontractants : C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 96-97, n^{os} 114-116.

[2236] C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 94-95, n° 112.

l'architecte que pour des motifs justes et raisonnables, tels que, par exemple : la perte de confiance manifestée par le maître de l'ouvrage […] Ces motifs devront avoir été préalablement dénoncés au maître de l'ouvrage dans une lettre de mise en demeure envoyée par courrier recommandé lui enjoignant de cesser ces agissements ou rétablir l'architecte dans ses droits et prérogatives »[2237].

En outre, les cocontractants introduisent parfois une clause résolutoire expresse dans leur convention. Rien ne s'oppose à ce qu'ils décident de dispenser le créancier de mettre son débiteur en demeure à cette occasion : ainsi un contrat de management peut-il énoncer, par exemple, que « Les parties pourront mettre fin à tout moment à la présente convention avec effet immédiat, sans préavis ni indemnité, par lettre recommandée, en cas de manquement grave du cocontractant aux obligations déposées dans la présente convention. Le manquement grave est défini comme une faute d'une gravité telle que toute confiance entre les parties est définitivement rompue »[2238] ; de même, les conditions générales d'un établissement de crédit peuvent indiquer « [qu'en] cas de rupture de la confiance, de non-respect des Règlements ou de faute dans le chef du Client, la Banque a le droit de mettre fin au contrat immédiatement sans préavis, ni mise en demeure »[2239].

Enfin, il arrive que les cocontractants précisent la teneur des fautes contractuelles graves susceptibles de rompre leur confiance. Les clauses de « *Termination for cause* » l'illustrent. Par exemple, pour les contrats de longue durée, C. Delforge écrit que des « clauses précisent souvent des hypothèses où il sera permis aux cocontractants de sortir du contrat, notamment en cas de violation des obligations essentielles liées à l'atteinte portée à la confiance nouée entre les partenaires (violation d'une clause de non-concurrence, d'une clause de confidentialité…) »[2240]. Certains contrats érigent même l'esprit de collaboration en obligation essentielle. De la sorte, les parties peuvent résoudre le contrat dès lors que l'une d'elles y contrevient[2241] (*infra*, n° 374).

366. Pouvoir de contrôle a *posteriori* du juge. – Le pouvoir de contrôle des cours et tribunaux varie lorsqu'il est question de la mise en œuvre des clauses résolutoires expresses ainsi que de la licéité des clauses définissant la faute grave à la base de la résolution[2242]. Sans prétention d'exhaustivité, les principes afférents au contrat de travail et d'agence commerciale en témoignent.

Tout d'abord, au sujet du contrat de travail, il est admis que les parties ne peuvent pas insérer un pacte commissoire exprès. Cette clause leur permettrait effectivement de contourner les

---

[2237] Modèle de contrat. Architecte & Maître de l'ouvrage, https://www.ordredesarchitectes.be.

[2238] Séminaire WBCJ du 19 mars 2015 : sociétés de management & questions d'actualités, p. 25, http://www.wbcj.be.

[2239] Règlement général des opérations de la Banque Belfius (version du 29 avril 2019), p. 13, https://www.belfius.be. Voy. sur ces clauses dans le domaine des crédits : S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, pp. 159-160, n° 68.

[2240] C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 96-97, n^{os} 114-115.

[2241] B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Liège, Formation permanente de la CUP, 2003, pp. 80-81, n° 13 ; C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 97, n° 114.

[2242] Voy. pour un exposé complet sur les pouvoirs du juge dans ce domaine : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. I, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 932-934, n° 597 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 732-735, n° 756 ; J.-Fr. GERMAIN, « Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse », obs. sous Cass. 9 mars 2009, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 133-136 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 200-201, n^{os} 280-281.

règles de fond et de forme impératives de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978[2243]. En revanche, elles peuvent énoncer une liste des fautes susceptibles de rompre immédiatement et définitivement leur confiance mutuelle ; les magistrats tolèrent ces stipulations à la condition qu'elles ne portent pas atteinte à leur pouvoir de contrôle *a posteriori*[2244]. Dans un arrêt du 13 février 2018, la Cour du Travail de Liège a rappelé que « La qualification de motif grave que donnent de certains faits le contrat de travail ou le règlement de travail ne lie pas le juge. Tout au plus, cette qualification peut constituer un indice de l'importance que les parties ont entendu attacher à certains faits »[2245].

Le contrat d'agence commerciale devrait normalement suivre les mêmes principes. Toutefois, d'aucuns admettent la licéité des pactes commissoire exprès quand ils ne vident pas le pouvoir de contrôle des cours et tribunaux de sa substance et qu'ils n'empêchent pas le paiement d'une indemnité d'éviction[2246]. Le résultat ne diffère donc fondamentalement pas des règles admises dans le droit du travail : le juge conserve un pouvoir de contrôle souverain sur la définition des manquements graves et sur la mise en œuvre du pacte résolutoire exprès. Lors d'une décision du 24 octobre 2008, relative à l'article 19 de l'ancienne loi relative au contrat d'agence commerciale, le Tribunal de commerce de Dendermonde a décidé que « *Een uitdrukkelijk ontbindend beding in een handelsagentuurovereenkomst is op zich geldig en behoudt bepaalde gevolgen. Eventuele jurisprudentiële contrôle gebeurt achteraf en mag niet beperkt worden tot louter en alleen het vaststellen van het bestaan van het ingeroepen gebrek. Essentieel is dat de toetsing van de ernstige tekortkoming aan de rechter wordt overgelaten en enkel aan partijen* »[2247].

En définitive, le principe de l'autonomie de la volonté domine la matière en dehors de ces dispositions légales impératives : les pactes commissoires exprès ont donc un caractère licite et les cocontractants peuvent librement définir ce que représente une faute contractuelle grave à la base de la résolution judiciaire ou par déclaration de la convention pour disparition de la confiance[2248]. Les pouvoirs du juge sur la mise en œuvre d'une clause résolutoire expresse comportent deux aspects. *Primo*, il appartient au magistrat de contrôler sa régularité formelle, c'est-à-dire de vérifier

[2243] F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 1120, n° 1193. L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 revêt effectivement une nature impérative en faveur de l'employeur et du travailleur (Cass., 22 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 943). Voy. sur les conséquences de ce caractère sur les pouvoirs du juge : V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 908-910, n° 1240.
[2244] C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 35, n° 30.
[2245] C.T. Liège, 13 février 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 318.
[2246] F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 1122, n° 1194 ; P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 196-197, n° 446 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 66-67, n° 70. Selon la Cour de cassation, l'article 2 de l'ancienne loi du 27 juillet 1961 – maintenant l'article X.36 du Code de droit économique – ne s'oppose pas à l'insertion d'un pacte commissoire exprès (Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 981). Dans ce domaine, la plupart des auteurs estiment qu'un pacte commissoire exprès lie le juge contrairement aux principes admis dans le cadre de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 et de l'article X.17 du Code de droit économique. Voy. not. à cet égard en doctrine : F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1118-1119, n° 1192 ; M. WAGEMANS, *Concession de vente*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 68-69, n° 134 ; J.P. FIERENS, A.M. MOTTET HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 43-44, n° 42 ; S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 137-138. Voy. not. en jurisprudence : Bruxelles, 24 septembre 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 1436.
[2247] Comm. Dendermonde, 24 octobre 2008, *D.A.O.R.*, 2010, p. 441.
[2248] Bruxelles, 8 février 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 109.

si le créancier a respecté les conditions d'application de la clause quand il en fait usage[2249]. *Secundo*, par deux arrêts du 9 mars 2009[2250] et du 8 février 2010[2251], la Cour de cassation a décidé que les juridictions pouvaient contrôler l'exercice d'une clause résolutoire expresse sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit[2252]. Dès lors, le juge peut conclure à la violation du devoir de modération incombant au créancier si ce dernier exerce cette clause, au regard de toutes les circonstances de l'espèce, manifestement au-delà de l'usage qu'en ferait une personne normale[2253].

C. Panorama des différents manquements contractuels rompant la confiance

367. Appréciation concrète de la gravité de la faute à la base de la rupture de la confiance déterminante. – Les juges apprécient souverainement la gravité de la faute à la base de la résolution[2254]. En pratique, compte tenu de la subjectivité inhérente à la disparition de la confiance, une multitude d'inexécutions justifient le recours à ce remède. Nous verrons quelques situations où les magistrats ont admis qu'une faute contractuelle fonde la disparition de l'utilité économique du contrat ou une impossibilité morale (*infra*, n^{os} 368-370) ; nous montrerons aussi que certains manquements à un devoir de collaboration loyale impliquent la résolution (*infra*, n^{os} 371-375).

1) Inexécution à la base de la perte de l'utilité du contrat ou d'une impossibilité morale

368. Manquement contractuel grave à la base de la perte de l'utilité économique du contrat en raison de la rupture de la confiance déterminante entre parties. – Il arrive qu'une faute contractuelle porte atteinte à la confiance nécessaire au déroulement de la relation des cocontractants, sans rendre la collaboration immédiatement et définitivement impossible entre eux.

Une partie de la doctrine pense alors que la disparition de la confiance – ou son ébranlement[2255] – constitue une circonstance dont il faut tenir compte afin de déterminer si l'exécution des obligations *intuitu personae* présente encore une utilité économique pour le créancier[2256]. Selon ces auteurs, la rupture de la confiance *facilite* donc le recours à la résolution,

---

[2249] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. I, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 934, n° 597 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 733, n° 756 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 200, n° 280.

[2250] Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689, *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J.-Fr. GERMAIN.

[2251] Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 403.

[2252] Cons. en particulier sur ces décisions : S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, la Charte – die Keure, 2014, pp. 135-137, n° 61 ; J.-Fr. GERMAIN, « Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse », obs. sous Cass. 9 mars 2009, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 133-136.

[2253] Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689, *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J.-Fr. GERMAIN. Voy. sur le critère général de l'abus de droit : Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 244 ; Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 996 ; Cass., 1er février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 158 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212 ; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728 ; Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337 ; Cass., 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990 ; Cass., 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 756 ; Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE.

[2254] Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1179

[2255] En l'absence d'impossibilité morale d'exécution, les clauses contractuelles parlent parfois d'un manquement contractuel qui « ébranle la confiance » plutôt que d'un manquement qui la fait disparaitre (voy. not. : l'article 7.3 des Conditions générales des crédits pour Centre d'entreprise de la CBC – version du 1er janvier 2017). Selon nous, la terminologie importe peu à partir du moment où l'on s'accorde sur le fait que la rupture de la confiance peut être à la base de la disparition de l'utilité économique du contrat ou d'une impossibilité morale d'exécution dans d'autres cas.

[2256] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 104 ; J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, p. 462, n° 20 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*

même lorsqu'elle ne constitue pas un obstacle psychologique à la poursuite de la convention. S. Stijns écrit, à ce sujet, que « *Het nutscriterium kan verklaren waarom de contracten die intuitu personae zijn aangegaan, maar ook andere overeenkomsten waar de gevestigde vertrouwensrelatie bepalend is voor de goede uitvoering van de overeenkomst, gemakkelijk worden ontboden wanneer de wanprestatie van één der contractanten het teloorgaan van het vertrouwen veroorzaakt, al betreft het soms een kleine tekortkoming* »[2257] ; de même, pour J.-Fr. Germain, il apparait que « *la perte de confiance* entre cocontractants […] entre indéniablement dans les critères d'appréciation de la gravité du manquement. […] En ce sens, l'utilité économique d'un contrat doit s'entendre tant du point de vue des prestations exécutées (contenu, qualité) que, dans les contrats où cela se justifie, de la personne du cocontractant (identité, qualité de la relation) »[2258].

Ces principes se vérifient pour les contrats dans lesquels l'honorabilité ou la moralité se trouve à la base d'un *intuitus personae* au sens large. La perte de cette qualité subjective, à la suite d'une faute contractuelle, ne permet plus à la partie qui en est responsable d'exécuter ses obligations tel qu'initialement convenu. Le contrat perd alors son utilité pour l'autre. Une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 16 février 1950 illustre ces propos[2259]. Cette affaire concerne la résolution d'une convention passée entre un architecte et une fabrique d'église. La juridiction constate « qu'en s'adressant à l'intimé, l'appelante a agi *intuitu personae* et l'a choisi en raison, non seulement de ses aptitudes professionnelles, mais tout autant de son honorabilité, dont elle n'avait aucun motif de douter, et qui lui avait été d'ailleurs garantie au début des relations contractuelles par plusieurs attestations dignes de foi »[2260]. La Cour ajoute « que, parmi les obligations de l'intimé, figurait donc celle de conserver cette honorabilité pendant toute la durée de sa mission », de sorte « [qu'il] a gravement manqué par sa faute en encourant la condamnation infamante dont il a été l'objet, et a ainsi failli à l'engagement qu'il avait contracté ; Qu'il a, en effet, perdu par son fait une des qualités envisagées comme essentielles pour l'accomplissement normal de sa mission, qui ne pouvait être menée à bonne fin sans qu'il conservât la confiance et l'estime de toutes les personnes avec lesquelles il était appelé à avoir de fréquents rapports, soit le maître de l'ouvrage, les autorités administratives, le personnel ouvrier, le public et la paroisse »[2261]. En conclusion, la Cour a donc prononcé la résolution de la convention aux torts de l'architecte.

Dans ce contexte, certaines décisions s'appuient sur la rupture de la confiance pour apprécier la gravité de la faute reprochée au débiteur, sans cependant établir un lien entre cette perte et le critère de l'utilité économique. Une décision du Tribunal du travail de Bruxelles du 5 septembre 1983 le montre[2262]. Une association reprochait à son directeur de département des propos téléphoniques désobligeants, des déclarations inconvenantes au fournisseur de l'entreprise, l'ouverture non autorisée de courriers ou encore le refus de payer des factures en dépit d'un ordre

---

van overeenkomsten, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 269, n° 185 ; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », obs. sous Cass. 16 janvier 1986 et Mons 21 juin 1983, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 27-28, n° 23.

[2257] S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 269, n° 185.

[2258] L'auteur souligne. Voy. : J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, p. 462, n° 20. Dans un sens similaire : C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, p. 196, n° 207.

[2259] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.

[2260] *Ibidem*, spéc. p. 37.

[2261] *Ibidem.*

[2262] Trib. Trav. Bruxelles, 5 septembre 1983, *J.T.T.*, 1985, p. 18.

formel. Sur la base de ces différents éléments, le Tribunal a ainsi prononcé la résolution de la convention de travail qui liait le directeur à l'association, au motif que « La négligence systématique, les manquements importants aux devoirs professionnels imposés par la fonction, le comportement fautif de la direction dans l'exécution du contrat de travail qui *repose fondamentalement sur la confiance et la bonne volonté réciproques* sont, à l'évidence, établis »[2263].

369. Manquement contractuel grave à la base d'une impossibilité morale d'exécution. – Une inexécution contractuelle peut rompre la confiance nécessaire à la poursuite de la convention au point de rendre sa poursuite durablement impossible[2264] ; cette inexécution constitue alors un obstacle psychologique à la continuation de la relation entre les parties. Dans ce cas de figure, comme le souligne S. Stijns, « *het verdwijnen van het vertrouwen ten gevolge van de contractuele tekortkoming, vertrouwen noodzakelijk is voor elke verdere samenwerking met het oog op uitvoering van het contract, kan op zich blijkbaar volstaan voor een eenzijdige ontbinding* »[2265].

1° En droit belge, le législateur a consacré ce principe à travers plusieurs dispositions légales particulières : ainsi en est-il dans le domaine du contrat de travail (article 35 de la loi du 3 juillet 1978), du contrat d'agence commerciale (article X. 17 du Code de droit économique) ou encore du contrat de concession exclusive de vente (article X. 36 du Code de droit économique).

Il convient de remarquer que les fautes contractuelles à la base d'un motif, d'un manquement ou d'une faute graves présentent un caractère varié en pratique. S'agissant du contrat de travail, elles peuvent consister dans des vols commis lors de l'exécution des prestations de travail[2266] ou dans l'insubordination de la part d'un travailleur[2267] ; de même, pour le contrat d'agence commerciale, il existe un obstacle à la poursuite de la convention lorsqu'un agent de banque utilise des valeurs à des fins privées[2268] ou lorsqu'il ne respecte pas les prix imposés par son commettant[2269] ; enfin, un concessionnaire exclusif commet une faute grave à partir du moment où il n'honore pas le paiement de commandes passées au concédant[2270] (*supra*, n[os] 361-364).

En outre, le cocontractant qui invoque la rupture immédiate du contrat à la suite d'une faute contractuelle grave doit respecter les formes et les délais prescrits par chaque article. Un point commun relie toutes ces dispositions : la mise en demeure du débiteur et l'octroi d'un délai raisonnable de préavis sont jugés incompatibles avec la survenance d'une impossibilité morale d'exécution[2271]. Toutefois, comme nous l'avons remarqué dans le domaine de la résiliation pour motif grave, certains auteurs nuancent cette idée au sujet du délai de préavis. Selon eux, un bref

---

[2263] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 19).

[2264] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 109 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 612, n° 473.

[2265] S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 612, n° 473.

[2266] C.T. Bruxelles, 25 mai 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 359.

[2267] C.T. Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 140.

[2268] Anvers, 30 octobre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 939.

[2269] Bruxelles, 26 février 2013, *R.A.B.G.*, 2015, p. 608.

[2270] Comm. Bruxelles, 24 novembre 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 476.

[2271] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83. Voy. aussi dans le cadre de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 : Cass., 26 février 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 239, concl. J. LECLERCQ ; Cass., 1[er] juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1121. Voy. dans le cadre de l'article X.17 du Code de droit économique : Liège, 13 décembre 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 969.

délai de préavis se conçoit lors de *circonstances exceptionnelles*, à la condition qu'il ne témoigne pas de la possibilité de poursuivre la convention[2272]. Des motifs d'humanité à l'égard de l'auteur de la faute grave[2273] ou de la volonté d'éviter un préjudice dans le chef de la partie qui met fin au contrat entrent dans cette catégorie de circonstances exceptionnelles[2274] (*supra*, n° 348).

2° Dans certaines circonstances, la perte de la confiance peut entrainer la résolution de la convention par déclaration sans mise en demeure en dehors des dispositions légales précitées[2275].

Il nous semble qu'une faute contractuelle grave justifie parfois la résolution sans mise en demeure lorsque la disparition de la confiance déterminante qu'elle entraine rend l'octroi de tous termes et délais inutile, c'est-à-dire quand la rupture de ce sentiment se trouve à la base d'une impossibilité morale d'exécution[2276]. Le Tribunal de commerce de Namur a fait allusion à cette idée dans une décision du 20 décembre 1999[2277]. Dans cette affaire, concernant l'inexécution d'un contrat d'approvisionnement et de transport, le Tribunal a énoncé que « Les contraintes de la vie des affaires peuvent toutefois rendre intolérable l'issue d'un procès en sorte que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent le droit à une brusque rupture pour autant que certaines conditions de forme et de fond soient remplies : quant à la forme, il faut que le créancier notifie son intention et la motive sur une faute du débiteur ; quant au fond, la faute doit être suffisamment grave et il doit y avoir urgence justifiant qu'il soit dérogé au droit commun de la résolution judiciaire »[2278]. Sur la base de ces principes, le Tribunal a finalement conclu que « La faute grave est constituée par un manquement qui exclut toute possibilité de collaboration conforme au contrat »[2279].

Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 20 février 2018 fournit une autre illustration[2280]. Une boulangerie avait obligé un commerçant à passer ses commandes de buches de Noël avec un mois d'avance sur la date conventionnelle habituelle, sans justification ni possibilité de négociation ni prise de commande ultérieure. Le commerçant ne pouvait pas lui fournir une liste à l'échéance fixée unilatéralement et, de ce fait, il avait décidé de résoudre la convention sans mise en demeure

---

[2272] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 124-125 ; J.-P. FIERENS, A.M. HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 37, n° 35 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 51.

[2273] Voy. not. dans le contrat de concession, mais les principes sont transposables à l'agence commerciale : D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 124-125.

[2274] P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 51 ; S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 151.

[2275] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, p. 196, n° 206 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 612, n° 473.

[2276] Certaines juridictions ont admis la résolution unilatérale – maintenant nommée par déclaration – de longue date, sans mise en demeure, en présence de circonstances exceptionnelles telles que l'urgence, l'impossibilité matérielle d'exécution ou la perte de la confiance (Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019, p. 62 ; Comm. Hainaut (div. Mons), 9 janvier 2018, *R.G.D.C.*, 2019, p. 54 ; J.P. Zomergem, 3 juin 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 253 ; Comm. Mons, 3 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 217 ; Comm. Mons, 6 juillet 2004, *D.A.O.R.*, 2006, p. 139). De son côté, la Cour de cassation a décidé que la mise en demeure du débiteur n'est pas requise lorsque la faute du débiteur a anéanti la confiance indispensable au maintien de la relation contractuelle (Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693).

[2277] Comm. Namur, 20 décembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 510.

[2278] *Ibidem*, spéc. p. 511.

[2279] *Ibidem*, spéc. p. 512. Voy. dans un sens similaire : Mons, 27 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2017, p. 144 (somm.).

[2280] Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019, p. 62.

afin de pouvoir s'approvisionner ailleurs. Le boulanger l'assigne en dommages et intérêts. La Cour d'appel de Liège n'a pas accueilli cette prétention. En effet, la Cour a d'abord constaté que la confiance constituait un élément déterminant de la relation contractuelle, étant donné que les parties collaboraient depuis cinq ans et que la boulangerie – l'intimée – constituait le seul fournisseur du commerçant – l'appelant. Ensuite, la Cour a indiqué « [qu'il] ne peut dès lors être reproché à l'appelante de ne pas avoir mis l'intimé en demeure de respecter ses engagements, dès lors que celle-ci était inutile sachant le peu de cas que celui-ci réserve à ses réclamations »[2281]. De même, ajoute-t-elle, « il ne peut être fait grief à l'appelante de ne pas l'y avoir contraint dans le cadre d'une procédure judiciaire en urgence, compte tenu des délais impartis pour obtenir une décision, s'assurer éventuellement les services d'un autre boulanger-pâtissier et avoir la garantie de pouvoir fournir ses clients à temps et à heure pour les fêtes de fin d'année. Mais surtout, quelle garantie l'appelante aurait-elle pu avoir que contrainte judiciairement, l'intimée aurait loyalement exécuté ses obligations. *La confiance de l'appelante en l'intimée était irrémédiablement perdue, c'est un risque qu'elle ne pouvait légitimement courir* »[2282]. Dès lors, « l'appelante n'a donc commis aucune faute en procédant à la résolution unilatérale du contrat d'approvisionnement exclusif »[2283].

370. Répétition de manquements contractuels légers à la base de la perte de la confiance. – La répétition de manquements contractuels légers peut constituer un manquement contractuel grave à la base de la rupture de la confiance déterminante entre les cocontractants[2284].

1° Une partie de la doctrine a balisé les contours de cette idée.

Dans ce contexte, après mise en demeure, certains auteurs pensent que le créancier peut demander la résolution du contrat en justice – ou le résoudre par déclaration – lorsqu'il démontre que la disparition de la confiance détériore toute l'utilité qu'il en retire[2285]. J.-Fr. Germain souligne ainsi que « des manquements de faible importance mais répétés peuvent fonder la résolution du contrat en tant qu'ils expriment une détérioration inéluctable des liens de confiance devant présider aux relations contractuelles, particulièrement dans les contrats de longue durée »[2286]. Dans le même ordre d'idées, C. Delforge indique que « La prise en compte d'une répétition de manquements pourrait en effet s'inscrire dans une lecture réaliste, orientée sur la dimension relationnelle du contrat, dès lors aussi que l'on conçoit que la confiance puisse s'amoindrir progressivement »[2287].

[2281] *Ibidem*, spéc. p. 64.
[2282] Nous soulignons (*ibidem*).
[2283] *Ibidem*.
[2284] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 105 et p. 107 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 174, n° 242 ; J.P. FIERENS, A.M. MOTTET HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 37-38, n° 35 ; C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, p. 196, n° 208 ; J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, p. 462, n° 20.
[2285] Voy. not. à cet égard : C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, pp. 196-200, n^{os} 208-211 ; J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, p. 462, n° 20.
[2286] J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, p. 462, n° 20.
[2287] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, p. 196, n° 208.

D'autres auteurs poussent ce raisonnement un cran plus loin. En effet, au départ des dispositions relatives à la rupture du contrat de travail, d'agence commerciale et de concession exclusive de vente, certains pensent que la répétition de manquements contractuels légers peut représenter une faute qui rend la collaboration entre les parties durablement impossible à poursuivre[2288]. La répétition de fautes légères justifie alors la résolution du contrat sans mise en demeure, à tout le moins lorsque le créancier prouve que cette succession de fautes constitue un obstacle psychologique à la continuation de la relation : ainsi L. du Jardin affirme-t-il que « Dans un système de distribution sélective, la multiplicité des critères et de leurs possibles évolutions rend peu probable que le non-respect d'un critère, constaté à un moment précis, puisse être raisonnablement taxé de "manquement suffisamment grave" rendant impossible la poursuite des relations contractuelles. Au contraire, il semble que seul le manquement *répété*, le défaut *récurrent* d'adaptation ou de régularisation après constat du non-respect réponde à cette condition »[2289].

2° Selon nous, plusieurs décisions des cours et tribunaux ont confirmé ce point de vue.

Une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 septembre 2017 l'illustre en ce qui concerne le contrat d'agence commerciale[2290]. Un agent bancaire avait établi des bordereaux de retrait d'argent – remis par les clients de la banque lors de leurs opérations – sans les comptabiliser. La banque toléra ce manquement aux obligations comptables de l'agent à la suite d'un premier contrôle. Toutefois, elle rompit la relation pour manquement grave après avoir découvert que l'agent avait à nouveau manqué à cette obligation lors d'un second contrôle. L'agent assigna alors la banque : il estimait qu'elle ne pouvait pas considérer que cette inexécution avait immédiatement et définitivement rompu la confiance, puisqu'elle l'avait tolérée lors de son premier contrôle. La Cour a rejeté ce point de vue. Dans le sillage d'une partie de la doctrine[2291], la Cour a décidé que « La circonstance que la banque n'a pas estimé à l'époque devoir rompre immédiatement le contrat n'implique pas que le manquement n'était pas grave. Il est légitime de la part de la banque d'avoir préféré, dans un premier temps, mettre en garde son agent contre ce comportement en lui rappelant les règles, et ensuite de considérer, face à une répétition de celui-ci, qu'il mettait définitivement à mal la confiance qui doit présider entre les parties »[2292]. De la sorte, la Cour a validé la rupture immédiate aux torts de l'agent du fait de la répétition des inexécutions à ses obligations comptables.

Un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 2000 apporte d'intéressantes précisions au sujet du manquement répété dans le cadre du contrat de travail[2293]. Un employeur reprochait une succession de fautes contractuelles qui avaient rompu la confiance portée à son travailleur : ainsi

---

[2288] Voy. not. : D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 105 et p. 107 ; L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 174, n° 242 ; J.P. FIERENS, A.M. MOTTET HAUGAARD, TH. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 37-38, n° 35.

[2289] L'auteur souligne (L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 174, n° 242).

[2290] Bruxelles, 22 septembre 2017, *D.A.O.R.*, 2018, p. 87.

[2291] Une partie de la doctrine admet, à juste titre, que les cours et tribunaux ne peuvent déduire la renonciation du créancier à se prévaloir d'une faute contractuelle de son débiteur du simple fait de l'avoir tolérée par le passé. Cependant, dans cette situation, l'exercice des droits du créancier – dont celui de se prévaloir de la résolution ou de l'exécution en nature – reste soumis au principe de l'interdiction de l'abus de droit. Voy. à cet égard : C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. 1, Thèse, U.C.L., 2006, pp. 198-200, n^{os} 210-211.

[2292] Bruxelles, 22 septembre 2017, *D.A.O.R.*, 2018, p. 89.

[2293] Cass., 20 mars 2000, *Pas.*, 2000, p. 621.

ce dernier avait-il omis à plusieurs reprises de transmettre son planning de travail, de transmettre ses rapports d'activité dans les temps, de se présenter à un rendez-vous avec des clients et il avait aussi conclu des actes juridiques au nom de son employeur sans aucun mandat *ad hoc*. La Cour d'appel avait sanctionné la rupture du contrat : selon elle, ces fautes ne présentaient pas une gravité suffisante, étant donné que l'employeur les avait tolérées trop longtemps. La Cour de cassation a cassé cette décision. Elle rappelle ainsi que « lorsque le fait qui justifierait la résiliation du contrat constitue un manquement répété, la détermination du moment à partir duquel ce manquement répété a rendu immédiatement et définitivement impossible toute relation professionnelle est laissée à la partie désirant exercer le droit qui lui est conféré par la loi »[2294] ; de ce fait, la Cour conclut que l'arrêt attaqué « méconnait ainsi le droit de [l'employeur] de déterminer le moment à partir duquel le manquement répété et qualifié de grave [du travailleur] rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre les parties »[2295].

Enfin, une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 octobre 2011 s'inscrit dans cette logique dans le domaine du contrat de concession exclusive de vente[2296]. Un concédant avait résolu la convention de concession exclusive de vente par déclaration en raison de l'accumulation de retards de paiement par son concessionnaire lors de la dernière année de relation contractuelle. La Cour d'appel a confirmé le bienfondé de cette décision. Elle a constaté que « Le motif de la résolution de la convention est le retard récurrent de paiement des factures échues à de nombreuses reprises, ce qui a conduit [le concédant] à envoyer à [son concessionnaire] pas moins de 10 mises en demeure entre le 27 avril 2006 et le 5 mars 2007 »[2297]. Dans cette logique, elle a décidé que « L'accumulation de retard de paiement, à de nombreuses reprises, sur une période de près d'un an, a pu susciter dans le chef [du concédant] une perte de confiance en la fiabilité [de son concessionnaire] rendant immédiatement et irrémédiablement impossible la poursuite de la relation entre les parties. La circonstance que cette collaboration ait duré près de vingt ans, ne rend pas la résolution immédiate de la convention en raison des retards de paiement démesurée »[2298].

2) Manquement à un devoir de collaboration loyale existant entre les cocontractants

371. Notion de devoir de collaboration loyale entre les cocontractants. – Pour une partie de la doctrine, certains actes étrangers aux obligations des parties constituent une inexécution contractuelle grave à la base de la rupture de la confiance et justifient donc la résolution judiciaire ou par déclaration du contrat[2299]. Par exemple, S. Stijns indique que « *Deze hypothese verschilt dus van tot hiertoe besproken omstandigheden die de eenzijdige ontbinding wettigen: het gaat niet om*

[2294] *Ibidem*, spéc. p. 623.
[2295] *Ibidem*.
[2296] Bruxelles, 20 octobre 2011, *R.D.C.*, 2013, p. 122.
[2297] *Ibidem*, spéc. p. 127.
[2298] *Ibidem*. Voy. pour une espèce similaire : Comm. Bruxelles, 24 novembre 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 476. En outre, dans une autre affaire, la Cour d'appel de Liège a confirmé que « La succession d'incidents du chef du concédant peut rendre le comportement de ce dernier gravement fautif et empêcher la poursuite des relations » (Liège, 27 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014, 2017, p. 909 (somm.), note C. STAUDT).
[2299] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 108 ; S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, pp. 68-69, n° 88 ; S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 613, n° 474 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83.

een verdwijning van het vertrouwen als gevolg *van de tekortkoming,* de aantasting door de schuldenaar van het nodige contractuele vertrouwen an sich maakt hier de wanprestatie uit »[2300].

Cette opinion se comprend à la lumière d'un devoir renforcé de bonne foi ou, autrement dit, d'un *devoir de collaboration loyale* présent dans certains contrats *intuitu personae* par l'effet de la loi, de la volonté expresse des parties ou de l'intensité particulière que revêt ce caractère.

1° Il arrive que le législateur impose une obligation renforcée de bonne foi aux cocontractants. Dans le contrat d'agence commerciale, l'article X.4, alinéa 1er, du Code de droit économique précise notamment que « L'agent commercial doit veiller aux intérêts du commettant et agir loyalement et de bonne foi » ; de même, l'article X.6, alinéa 1er, du même Code indique que « Dans ses rapports avec l'agent commercial, le commettant doit agir loyalement et de bonne foi ».

2° Rien ne s'oppose à ce que les parties consacrent l'existence d'un devoir de collaboration loyale par une clause contractuelle prévue à cet effet. Par exemple, un contrat d'*outsourcing* peut contenir une clause de « *Termination for cause* » qui prévoit « au titre de fautes justifiant la rupture du contrat, "*le manque d'esprit de collaboration*" »[2301]. Pareille stipulation témoigne d'ailleurs de l'importance de la confiance mutuelle et donc d'un haut degré d'*intuitus personae*[2302].

3° Pour certains auteurs, les articles 1134 et 1135 du Code civil permettent de fonder l'existence d'un devoir de collaboration loyale au départ de la nature de la convention : la relation de confiance à la base de l'*intuitu personae* atteint parfois une telle intensité qu'elle justifie ce devoir renforcé de bonne foi. Cette idée se vérifie, par exemple, pour certains contrats de distribution commerciale[2303]. Toutefois, dans un souci de sécurité juridique, nous pensons qu'il convient de limiter ce devoir aux cas où il apparait que la relation contractuelle repose sur un *intuitus personae* au sens strict de confiance qui ressort généralement d'une collaboration étroite.

La plupart des contrats de franchise illustrent ces propos. En effet, la transmission d'un savoir-faire implique régulièrement que les cocontractants collaborent étroitement et que le franchiseur porte un haut degré de confiance au franchisé qui détient les clés de son savoir[2304]. Certains pensent ainsi qu'il existe un devoir de collaboration loyale entre les parties[2305] : s'agissant

---

[2300] S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 613, n° 474.

[2301] C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 97, n° 115. Cons. également à propos de ces clauses dans le contrat d'*outsourcing* : B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Liège, Formation permanente de la CUP, 2003, pp. 80-81, n° 13.

[2302] *Ibidem*.

[2303] Voy. not. en ce sens : D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 108 ; S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, pp. 68-69, n° 88 ; S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83.

[2304] O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour les juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 82. Voy. en doctrine française : D. FERRIER, *Droit de la distribution commerciale*, 6e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 367, n° 724. *Contra* : P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Larcier, 2014, p. 152, n° 317.

[2305] Liège, 6 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1373. Dans le même sens en doctrine : S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines,

de la résolution de cette convention, S. Claeys souligne notamment que « *de samenwerkingsplicht van de franchisenemer en de franchisegever een grote rol kunnen spelen* »[2306].

Il en va de même pour certaines conventions de concession de vente qui présentent un *intuitus personae* intense fondé sur la confiance[2307]. Dans ce cas de figure, comme le suggèrent M. et S. Willemart, « il n'est pas interdit de penser que l'existence d'un contrat de concession peut parfois entraîner implicitement des engagements équivalents de bonne conduite, en application des articles 1134 et 1135 du Code civil ; dans cette hypothèse, le manquement à de tels engagements est une faute contractuelle susceptible de justifier la rupture ; il devrait en être *a fortiori* ainsi lorsque le comportement d'une partie compromet la crédibilité nécessaire à la mission contractuelle spécialement lorsque le contrat a un caractère manifestement *intuitu personae* »[2308].

D'autres conventions nanties d'un *intuitus personae* au sens strict fondé sur la confiance comportent implicitement pareil devoir de loyauté : aussi en est-il du contrat de société simple et des sociétés de personnes, comme la SPRL[2309]. Dans une décision du 14 juin 1990, relative à un contrat de *sponsoring*, le Tribunal de commerce de Bruxelles a estimé que le bénéficiaire du *sponsor* « avait l'obligation, eu égard à l'objet même du contrat de s'abstenir de tout acte ou déclaration qui pouvait porter atteinte directement ou indirectement à l'image médiatique du sponsor ou à celle de l'événement [qu'il] organisait ; Qu'il s'agissait d'un engagement essentiel, bien qu'implicite, qui constituait une suite rationnelle et équitable du contrat de sponsoring »[2310].

372. Résolution du contrat du fait de la méconnaissance du devoir de collaboration loyale. – Il apparait que la présence d'un devoir de collaboration loyale permet d'étendre la portée des obligations des parties pour considérer certains actes étrangers à celles-ci comme des fautes contractuelles[2311]. P. Kileste et C. Staudt écrivent, au sujet de la distribution commerciale, qu'un « devoir de collaboration loyale à l'exécution du contrat par les parties […] requiert que le créancier s'abstienne de tout acte ou omission qui pourrait avoir pour objet ou pour conséquence soit de priver l'autre partie des avantages normaux découlant du contrat, soit d'aggraver les charges en

---

Kluwer, 2013, p. 68, n° 88. Cons. Sur l'importance de ce devoir de collaboration loyale dans le droit de la distribution commerciale : P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 39-40, n° 39.

[2306] S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 68-69, n° 88.

[2307] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 108 ; S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83. Cons. sur l'appréciation concrète du caractère *intuitu personae* des droits et des obligations issus d'une concession de vente : P. KILESTE et C. STAUDT, « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019, pp. 361-362, nos 49-50.

[2308] S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143.

[2309] B. TILLEMAN, « De gerechtelijk ontbinding: een laatste redmiddel », *T.R.V.*, 1992, p. 496, n° 8.

[2310] Comm. Bruxelles, 14 juin 1990, *R.D.C.*, 1990, p. 420, spéc. p. 424. Voy. dans le même sens en doctrine : B. TILLEMAN, « De sponsoringovereenkomst », *Jura Falc.*, 1986-1987, p. 204.

[2311] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 108 ; P. KILESTE et C. STAUDT, « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 5 ; S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83.

résultant, en rendant plus lourde ou plus onéreuse la situation du débiteur »[2312]. Il est admis que le manquement à cette obligation renforcée de bonne foi peut justifier la résolution du contrat[2313].

373. Devoir de collaboration loyale et actes en lien avec les obligations contractuelles des parties. – La méconnaissance d'un devoir de collaboration loyale peut résulter d'actes qui, bien qu'étrangers aux obligations des parties, conservent un lien avec l'objet ou la finalité de celles-ci.

1° Dans ce cadre, un manquement au devoir de collaboration loyale revêt parfois une gravité telle qu'il rompt durablement la confiance déterminante entre les cocontractants : la résolution de la convention *intuitu personae* peut alors avoir lieu sans mise en demeure[2314].

Les actes portant gravement atteinte à l'honneur, à la réputation et à l'image d'une partie en témoignent[2315]. Un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 21 juin 1983 nous parait *implicitement* l'illustrer[2316]. Un hôpital avait résolu un contrat de prestations de service conclu de longue date avec un chirurgien quand il avait appris que ce dernier opérait ses patients en état d'ébriété. *In casu*, la Cour a rappelé que « la partie qui s'estime victime d'une inexécution contractuelle de son cocontractant ne peut dénoncer unilatéralement la convention, mais est tenue de demander au juge la résolution de celle-ci »[2317]. Toutefois, la juridiction a ajouté que « rien ne peut empêcher une partie, consciemment décidée à s'exposer au risque de devoir payer des dommages et intérêts si elle est désapprouvée ultérieurement par le tribunal, de mettre un terme immédiat à une convention, en raison de la gravité des griefs qu'elle a à faire, qui peuvent l'amener à considérer qu'il est absolument impossible de poursuivre d'une façon quelconque les relations contractuelles »[2318]. En définitive, la Cour a validé la résolution unilatérale en décidant « [qu'en] l'espèce ce [qu'il] reproche au docteur Mahy c'est un comportement mettant la santé des malades en périls et par voie de conséquence, *la réputation de la clinique*, c'est-à-dire des manquements professionnels »[2319].

Une décision du Tribunal de commerce d'Hasselt du 21 février 1995 fournit un autre exemple[2320]. Une clause d'un contrat de concession exclusive de vente interdisait au concessionnaire de céder son contrat sans le consentement du concédant. Afin de contourner cette stipulation, le concessionnaire autorisa un tiers à acheter et à vendre ses produits pour son nom et pour son compte auprès du concédant. Ce dernier rompit alors le contrat pour disparition de la confiance du fait d'un manquement grave à la bonne foi. Le Tribunal a validé cette décision compte tenu de la nature *intuitu personae* du contrat. En effet, il a constaté que « *Het beginsel van de uitvoering te goeder trouw houdt in dat de contractpartijen hun verbintenissen veeleer naar de geest van het contract, dan naar de letter moeten uitvoeren* »[2321]. De la sorte, la juridiction a ajouté que « *De door aanlegster opgezette constructie komt er in feite op neer dat in werkelijkheid de*

[2312] P. KILESTE et C. STAUDT, « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 5.
[2313] S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83.
[2314] Voy. sur la consécration de la résolution par déclaration : Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474, note S. STIJNS et S. JANSEN. Voy. not. sur l'inutilité de la mise en demeure lors de la disparition de la confiance indispensable et nécessaire à la continuation de la convention : Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693.
[2315] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83.
[2316] Mons, 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 125.
[2317] *Ibidem*, spéc. p. 128.
[2318] *Ibidem*.
[2319] Nous soulignons (*ibidem*).
[2320] Comm. Hasselt, 21 février 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 389.
[2321] *Ibidem*, spéc. p. 390.

verdeling door de N.V. Dendorp zou gebeuren waardoor het verbod tot overdracht van de concessieovereenkomst zou worden omzeild en het intuitu personae karakter van de overeenkomst zou worden »[2322]. En conclusion, « *De rechtbank is dan ook van oordeel dat aanlegster ernstig aan haar contractuele verplichtingen is tekortgekomen en derhalve verweerster gerechtigd was de concessieovereenkomst, zonder eerbiediging van een opzegtermijn te beëindigen* »[2323].

2° En revanche, il convient de remarquer qu'un manquement au devoir de collaboration loyale ne crée pas toujours une impossibilité morale d'exécution.

Un tel manquement participe souvent à la détérioration de la confiance que les parties se portent et donc à la disparition de l'utilité économique que le créancier retire de l'exécution du contrat. Pareille inexécution revêt une gravité suffisante pour fonder la résolution judiciaire ou par déclaration du contrat *après* la mise en demeure du débiteur. Le domaine de la fusion par absorption illustre ces propos. Il arrive que cette opération de restructuration place le cocontractant de la société absorbée ou de l'absorbante à un contrat *intuitu personae* dans une situation très inconfortable et donc contraire à un devoir de bonne foi. Par exemple, « l'on peut imaginer l'hypothèse de trois entreprises qui [sont] actionnaires d'une société à parts égales, c'est-à-dire sans que l'une d'elles dispose d'une majorité imposant ses vues aux autres. Si deux de ces entreprises actionnaires fusionnent entre elles, la troisième, tiers par rapport à la fusion, se retrouvera dans une position minoritaire tout à fait inconfortable et inacceptable »[2324]. Dans ce cas de figure, suggèrent Fr. T'Kint et I. Corbisier, « le principe d'exécution de bonne foi (article 1134, alinéa 3, du Code civil) impose à la société absorbante de proposer à son (ses) cocontractant(s) soit une adaptation soit une dissolution du contrat. À défaut pour elle d'agir de la sorte, la violation de son obligation de se comporter de bonne foi ouvrirait au(x) cocontractant(s) le droit d'agir en résolution »[2325].

Dans ce contexte, il existe parfois une interaction entre les concepts de résiliation et de résolution : nous avons vu qu'une partie peut résilier un contrat *intuitu personae* au sens strict pour motif grave à partir du moment où son partenaire commet un acte qui porte gravement atteinte à son honneur[2326], à sa réputation[2327] ou à son image[2328] ; de même, le cocontractant d'une société peut alléguer l'existence d'une impossibilité morale d'exécution lorsque cette personne morale rompt la confiance en ouvrant son capital à son principal concurrent[2329] (*supra*, n[os] 338-341). Ces situations s'appréhendent aussi sous l'angle de la résolution du fait de la méconnaissance d'un devoir de collaboration loyale dans les contrats *intuitu personae* au sens strict. Toutefois, s'il est

---

[2322] *Ibidem*.
[2323] *Ibidem*.
[2324] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, p. 10.
[2325] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 198-199, n° 29. Dans le même sens : H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 261-262.
[2326] Cass. fr. soc., 17 avril 1996, *D.*, 1997, p. 126, note B. EDELMAN.
[2327] T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189.
[2328] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, 1974, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.
[2329] Paris, 7 novembre 1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON. Voy. dans le même sens en doctrine : L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 781, n° 485 ; D. MAINGUY, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés*, 1996, pp. 22-23, n° 12.

vrai que la qualification de certains actes des parties peut varier[2330], le recours à la résolution – par la bonne foi – cannibalise régulièrement le raisonnement fondé sur la résiliation en pratique.

374. Devoir de collaboration loyale et actes totalement étrangers aux obligations des parties. – Il nous semble qu'un devoir de collaboration loyale ne permet pas de considérer tous les actes des parties – étrangers à leurs obligations – comme des manquements contractuels graves. Certains faits s'appréhendent uniquement à la lumière de la résiliation pour motif grave, dans la mesure où leur survenance crée objectivement un obstacle psychologique durable d'exécution[2331].

En effet, si l'assimilation de faits constitutifs d'un motif grave à une faute contractuelle grave parait élégante en pratique, P.A Foriers pense que cette solution « paraît, cependant, artificielle, dans la mesure où le motif grave peut consister en des éléments totalement étrangers à la convention »[2332]. R. Dekkers partage cette opinion : aussi cet auteur liste-t-il certains actes totalement étrangers à l'exécution du contrat, sur la base de l'ancienne réglementation du 7 juillet 1951 relative aux baux à ferme, tels que les « injures graves de la part du fermier, [la] condamnation du fermier du chef d'actes de nature à ébranler la confiance du bailleur, etc. »[2333]. Les injures graves et les condamnations judiciaires pour des faits ressortant de *la vie privée* n'emportent donc la rupture du contrat qu'aux conditions de la résiliation pour motif grave[2334] (*supra*, n[os] 340-341).

Ce raisonnement s'applique également à d'autres comportements totalement étrangers à la relation contractuelle des cocontractants. Tel est le cas de la plupart des actes issus de leur *vie privée*. En principe, à défaut de clause contractuelle ou d'un usage établi dans un secteur d'activité, ces actes paraissent trop éloignés des obligations des parties afin de constituer un manquement contractuel grave en raison d'un devoir renforcé de bonne foi[2335]. Il en va ainsi des dettes de jeux contractées par une partie ou encore de la prise de drogue en dehors du cadre de la relation contractuelle[2336] ; de même, le fait qu'une partie entretienne une relation affective avec un

---

[2330] Voy. not. dans le domaine des fusions par absorption : P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 436, n° 843 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 198-199, n° 29 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, p. 262.

[2331] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 120, n° 114 ; R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14, spéc. note 1. Voy. not., en ce sens, en droit français : P. MOUSSERON, « Les sanctions de l'altération du lien d'alliance du membre d'un groupement », *J.C.P.*, E, 2006, 1607, p. 720, n° 6.

[2332] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 120, n° 114.

[2333] R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 14, spéc. note 1.

[2334] Comp. avec J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 66, n° 83. J. Van Ryn et J. Heenen écrivent, au sujet du contrat de concession de vente, que « la *condamnation pénale* du concessionnaire pour recel de pièces de rechange constitue un exemple de faute grave » (nous soulignons). Toutefois, ces deux auteurs ne précisent pas si le recel du concessionnaire a un lien avec le contrat de concession ou s'il s'agit d'une condamnation pénale pour des infractions tout à fait étrangères à ses obligations contractuelles.

[2335] P. MOUSSERON, « Les sanctions de l'altération du lien d'alliance du membre d'un groupement », *J.C.P.*, E, 2006, 1607, p. 720, n° 6. Dans plusieurs secteurs d'activité, il est admis que les clauses de moralité font figure de clauses de style au point de constituer un véritable usage. Il s'agit notamment du cas pour maints contrats de *sponsoring* et, en particulier, pour les clauses de moralité que le bénéficiaire du parrainage doit respecter. Voy. not. à ce sujet : B. TILLEMAN, « De sponsoringovereenkomst », *Jura Falc.*, 1986-1987, p. 204.

[2336] Comp. avec Mons, 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 125. Dans cette affaire, le chirurgien opérait visiblement ses patients en état d'ébriété. Il mettait donc leur santé en danger. Bien qu'il n'y ait jamais eu d'erreur médicale, la clinique

représentant du principal concurrent de son cocontractant ne ressort pas de la faute contractuelle à la base de la résolution du contrat en justice ou par déclaration[2337] (*supra*, n° 335).

§3. – Conclusion intermédiaire

375. Résolution judiciaire et par déclaration du contrat. – L'article 1184 du Code civil constitue la pierre angulaire du régime de la résolution judiciaire du contrat.

Cette disposition prévoit que le créancier d'une obligation inexécutée peut réclamer la résolution du contrat en justice lorsque le contrat a un caractère synallagmatique, que son cocontractant commet une faute contractuelle grave et qu'il le met en demeure de s'exécuter. La Cour de cassation a consacré la résolution par déclaration dans son arrêt du 23 mai 2019. Dans cette logique, le créancier peut résoudre le contrat par déclaration, pour autant que la faute contractuelle de son débiteur s'avère suffisamment grave afin de justifier la résolution judiciaire du contrat et qu'il le mette en demeure avant de lui notifier sa décision (*supra*, n^{os} 355-359).

Toutefois, il apparait que l'exigence de mise en demeure du débiteur reçoit exception en présence de circonstances exceptionnelles rendant l'octroi de tous termes et délais inutile, telle que la perte de la confiance. La résolution par déclaration ne suppose pas de mise en demeure quand le manquement contractuel grave rompt la confiance au point de rendre la collaboration durablement impossible, c'est-à-dire lorsqu'il crée une impossibilité morale d'exécution (*supra*, n° 359).

376. Dispositions légales particulières relatives à la rupture du contrat pour motif ou manquement grave. – Certaines dispositions légales permettent à une partie de rompre la convention lorsqu'une faute contractuelle constitue un obstacle psychologique ou, autrement dit, quand elle rompt durablement la confiance nécessaire à la poursuite de leur relation contractuelle.

Cette idée se vérifie notamment pour l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 (contrat de travail), l'article X.17 (contrat d'agence commercial) et l'article X.36 du Code de droit économique (contrat de concession exclusive de vente). D'aucuns admettent que ces trois dispositions légales n'excluent pas le recours à la résolution judiciaire ou par déclaration de la convention, à la condition que le cocontractant qui l'invoque mette son cocontractant en demeure (*supra*, n^{os} 361-364).

Un rapport plus complexe existe entre l'article 1184 du Code civil, l'article 2:73 et l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations. En effet, il est admis que les dispositions liées à la dissolution de la société pour de justes motifs absorbent l'article 1184 du Code civil quand un associé demande la résolution totale de la convention. Dès lors, dans cette logique, la résolution judiciaire d'un contrat de société multipartite se conçoit lorsque la dissolution partielle reste possible à lumière de son objet et de l'économie que les associés lui ont conférés (*supra*, n° 364).

377. Panorama des manquements contractuels rompant la confiance. – En pratique, une multitude de manquements contractuels peuvent rompre durablement la confiance déterminante entre les cocontractants et, de la sorte, justifier la résolution judiciaire ou par déclaration ; il appartient aux juridictions de statuer souverainement sur cette question de fait (*supra*, n° 367).

Une faute contractuelle peut porter atteinte à la confiance nécessaire au bon déroulement de la relation des parties, sans toutefois rendre leur collaboration immédiatement et définitivement

---

avait considéré que ce manque de professionnalisme dans l'exécution du contrat – implicitement de bonne foi – avait rompu immédiatement et définitivement sa confiance en raison de l'atteinte à sa réputation qu'elle engendrait.

[2337] Paris, 25 mai 1987, *D.*, 1987, inf. rap., p. 153.

impossible. Dans ce cas, selon certains auteurs, la rupture de la confiance constitue une circonstance dont il faut tenir compte pour déterminer si l'exécution des obligations *intuitu personae* présente encore une utilité économique pour le créancier. À défaut, ce dernier peut résoudre le contrat en justice ou par déclaration après mise en demeure (*supra*, n° 368).

Une inexécution peut également revêtir une gravité à ce point importante qu'elle constitue objectivement un obstacle psychologique à la continuation de la relation contractuelle entre les cocontractants. Dans ce cadre, ce manquement justifie la résolution par déclaration et sans mise en demeure, puisqu'il représente une impossibilité morale d'exécution. Les fautes contractuelles à la base de l'application de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, de l'article X.17 et de l'article X.36 du Code de droit économique s'inscrivent dans cette logique ; les cours et tribunaux ont également fait application de ces principes en dehors de ces dispositions particulières (*supra*, n° 369).

Il arrive aussi que la répétition de manquements contractuels légers puisse former une faute contractuelle grave qui rompt la confiance déterminante entre les cocontractants. Dans cette situation, une partie de la doctrine estime que le créancier peut demander la résolution du contrat en justice ou le résoudre par déclaration après mise en demeure de son débiteur ; certains auteurs pensent même que la répétition de manquements contractuels légers peut créer une impossibilité morale d'exécution qui justifie la résolution de la convention sans mise en demeure (*supra*, n° 370).

Enfin, certains actes étrangers aux obligations des parties peuvent constituer des manquements contractuels susceptibles de rompre la confiance. Ces actes justifient alors la résolution judiciaire ou par déclaration. Cette opinion se comprend à la lumière de l'existence d'un devoir de bonne foi renforcé entre les parties, c'est-à-dire de collaboration loyale ; un tel devoir résulte de la loi, de la volonté des parties ou du caractère *intuitu personae* au sens strict du contrat. Dans plusieurs cas, il existe ainsi une interaction entre la résiliation pour motif grave et la résolution pour faute contractuelle grave, avec un certain risque de cannibalisation du premier mode de dissolution des contrats par le second. Toutefois, un devoir de collaboration loyale ne permet pas d'assimiler tous les actes étrangers aux obligations des parties à des fautes contractuelles : les injures graves, les condamnations judiciaires pour des faits privés ou encore les actes ressortant de la vie privée d'une partie suivent le régime de la résiliation pour motif grave (*supra*, n^{os} 371-374).

Conclusion du chapitre

378. Résiliation et résolution des conventions *intuitu personae* par la disparition de la confiance ou de l'affection. – Il n'existe pas de consensus au sujet de l'existence d'un droit de résiliation, dans les contrats *intuitu personae*, lors de la rupture de la confiance ou de l'affection.

Trois tendances coexistent actuellement. *Primo*, certains estiment que tout contrat *intuitu personae* comporte un droit de résiliation *ad nutum*. *Secundo*, d'autres pensent que la résiliation s'impose quand la rupture de la confiance ou de l'affection rend ces conventions moralement impossibles à exécuter. *Tertio*, une partie de la doctrine rejette l'existence de toute faculté de résiliation liée à la disparition de la confiance ou de l'affection dans ces contrats (*supra*, n° 307).

Selon nous, la rupture de la confiance ou de l'affection ouvre un droit de résiliation lorsque cet événement provoque une impossibilité morale d'exécution : le maintien d'un contrat dépourvu de sa raison d'être ne revêt aucun sens en soi. L'article 35 de la loi relative aux contrats de travail, l'article X.17 du Code de droit économique et l'article 7 de la loi sur les baux à ferme constituent d'ailleurs des applications de cette idée ; la caducité par disparition de la cause subjective représente le fondement qui permet d'expliquer la dissolution du contrat dans cette situation (*supra*, n° 308).

En outre, il convient de noter que la rupture de la confiance ou de l'affection peut résulter d'un manquement contractuel commis par un cocontractant. Il existe aussi un lien entre l'article 1184 du Code civil et la disparition de ces sentiments. Partant, à côté du régime de la résiliation du contrat *intuitu personae* du fait d'une impossibilité morale d'exécution, il faut élaborer le régime de sa résolution lorsqu'une faute contractuelle rompt la confiance entre les parties (*supra*, n° 308).

379. Régime de la résiliation du contrat *intuitu personae* lors de la survenance d'une impossibilité morale d'exécution. – La résiliation des contrats *intuitu personae* fondés sur la confiance déterminante ou sur l'affection que les cocontractants se portent se conçoit lorsque la disparition de ces sentiments crée une impossibilité morale d'exécution, c'est-à-dire dès lors que cette perte rend leur relation immédiatement et définitivement impossible à poursuivre.

La dissolution peut reposer sur deux fondements différents. Les parties règlent parfois les effets de la rupture de la confiance ou de l'affection par une clause de résiliation ou par une condition résolutoire casuelle prévue dans le contrat. À défaut d'une telle clause, l'extinction de la convention trouve sa source dans le principe de la caducité par la disparition de la cause subjective. Il est vrai que la reconnaissance de cette sorte de caducité reste controversée en droit belge. Toutefois, à titre exceptionnel, la Cour de cassation nous semble l'admettre à la condition que la disparition du mobile déterminant provoque une impossibilité d'exécution (*supra*, n° 350).

Une mésintelligence entre les parties peut rendre un contrat *intuitu personae* au sens strict psychologiquement impossible à exécuter : si la confiance et l'affection s'expriment avec un haut degré d'intensité, leur mésentente peut alors paralyser la réalisation de l'objet de leurs obligations contractuelles. Dans cette situation, la perte d'un mobile déterminant – les sentiments – crée *objectivement* un obstacle à la continuation de la relation : si la mésintelligence revêt un caractère durable et non imputable, elle entraine alors la caducité de la convention (*supra*, n° 351).

Ensuite, la survenance d'un motif grave implique l'impossibilité morale d'exécuter les contrats conclus *intuitu personae* au sens strict ou au sens large. Dans certaines circonstances, il arrive que les actes imputables à une partie créent objectivement un obstacle psychologique à la

poursuite de leur relation contractuelle. La disparition d'un mobile déterminant – généralement la confiance – justifie la caducité de l'acte juridique concerné par la perte de sa cause subjective lorsque l'obstacle psychologique présente un caractère durable et non imputable (*supra,* n° 351).

En définitive, en présence d'une impossibilité morale d'exécution, la caducité de l'acte concerné par la disparition de sa cause subjective sortit ses effets par un acte de résiliation. Une exigence de motivation s'impose alors pour préserver la sécurité juridique. Dans ce cas de figure, l'octroi d'un délai raisonnable de préavis ne se concilie pas avec la notion d'impossibilité morale d'exécution. En revanche, à titre exceptionnel, l'existence d'un *bref* délai de préavis reste envisageable en dépit de la présence d'une impossibilité morale d'exécution (*supra,* n° 352).

380. Régime de la résolution judiciaire ou par déclaration du contrat *intuitu personae* lors de la survenance d'une faute contractuelle rompant la confiance entre les parties. – La résolution du contrat *intuitu personae* peut résulter d'une faute contractuelle grave qui porte atteinte à la confiance nécessaire et indispensable à la continuation de la relation des parties.

Selon l'article 1184 du Code civil, le créancier victime d'un manquement contractuel grave peut réclamer la résolution du contrat synallagmatique en justice pour autant qu'il mette son débiteur en demeure. De surcroit, dans un arrêt du 23 mai 2019, la Cour de cassation a reconnu l'existence de la résolution par déclaration du créancier lorsque la faute du débiteur présente un caractère suffisamment grave afin de justifier la résolution judiciaire. Si le créancier doit toujours adresser une mise en demeure à cet effet, il est vrai que cette règle connait une exception à partir du moment où la faute contractuelle crée une impossibilité morale d'exécution (*supra,* n° 375).

Dans certaines hypothèses particulières, le législateur reconnait le droit à un cocontractant de rompre le contrat dès lors que l'autre partie commet une inexécution à ce point grave qu'elle rend immédiatement et définitivement impossible la poursuite de la relation contractuelle : ainsi en est-il de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 (contrat de travail), de l'article X.17 (contrat d'agence commerciale) et X.36 du Code de droit économique (contrat de concession de vente exclusive). Pour la plupart des auteurs, ces dispositions n'excluent pas le recours à la résolution judiciaire ou par déclaration pour autant que le créancier mette son débiteur en demeure (*supra,* n° 376).

Une multitude de fautes contractuelles peuvent rompre la confiance entre les parties. Dans ce cas, elles revêtent une gravité suffisante pour justifier la résolution judiciaire ou par déclaration. Tout d'abord, il arrive qu'un manquement contractuel ne rende pas la collaboration des parties immédiatement et définitivement impossible, mais qu'il ruine toute l'utilité économique que le créancier retirait de l'exécution du contrat. À l'inverse, l'inexécution du débiteur a parfois une gravité telle qu'elle crée une impossibilité morale d'exécution dans le chef du créancier, ce qui lui permet de résoudre la convention par déclaration sans mise en demeure. La répétition de manquements légers constitue également une faute grave à la source de la résolution et même parfois sans mise en demeure en raison de l'impossibilité morale d'exécution qu'elle crée. Enfin, la nature de certains contrats oblige les parties à collaborer loyalement : lorsque l'une méconnait ce devoir, il existe une inexécution contractuelle à la base de la résolution (*supra,* n° 377).

Chapitre 2. La dissolution du contrat *intuitu personae* par la transmission universelle ou à titre universel de patrimoine

Introduction du chapitre

381. Illustrations. – En pratique, la transmission des conventions *intuitu personae* aux héritiers d'une personne physique pose des difficultés, même s'il est admis qu'elles prennent fin au décès du cocontractant qui justifie ce caractère[2338] ; l'impact de la considération de la personne sur la transmission des contrats conclus par une personne morale reste aussi complexe à déterminer[2339].

Trois exemples le démontrent.

Le secteur bancaire fournit une première illustration de ces difficultés. Par exemple, l'héritier du gérant d'une société peut-il se fonder sur l'*intuitus personae* pour constater la dissolution du cautionnement conclu par son auteur lorsqu'il n'a pas la qualité de gérant ?[2340]

Dans le domaine du contrat de bail, le bailleur peut-il alléguer que la convention a pris fin de plein droit avec le décès de son locataire *intuitu personae*, comme son frère ou sa sœur par exemple, en raison de l'affection qu'il lui portait et qu'il n'éprouve pas pour ses ayants cause ?[2341]

Enfin, lors d'une opération de fusion par absorption d'une société, le cocontractant de la société absorbée peut-il mettre fin à la convention s'il démontre qu'il lui est impossible de collaborer avec la société absorbante, qui constitue l'un de ses principaux concurrents ?[2342]

382. Plan du chapitre. – Ces exemples illustrent les difficultés posées par l'*intuitus personae* lors de la transmission du patrimoine d'une personne physique ou d'une personne morale.

Dans une première section, nous reviendrons sur les principes régissant la transmission des conventions lors du décès d'une personne physique, lors d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'universalité ou de branche d'activité d'une personne morale. Nous exposerons alors la place traditionnellement attribuée à l'*intuitus personae* au sein de ces différents événements afin, de la sorte, de réfléchir à certains axes d'amélioration de cette approche classique (*infra*, n^os^ 383-399).

[2338] Voy. not. à ce sujet : N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 106, n° 112 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 798, n° 831 et p. 939, n° 1013 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 26, n° 10 ; S. BAR et C. ALTER, *Les effets du contrat*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 25, n° 49 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 219, n° 309 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, p. 27, n° 12 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis*.

[2339] Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1988-1990, n° 1379 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 174-188, n^os^ 12-21 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 345-346, n^os^ 513-514. Voy. not. en droit français : M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, pp. 175-178, n^os^ 285-290.

[2340] Mons, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1999, p. 155, *R.C.J.B.*, 2001, note A. LIMPENS.

[2341] Civ. Bruxelles, 16 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 480, note M. LAHAYE et J. VANKERCKHOVE.

[2342] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 199, n° 29.

Ensuite, dans une deuxième section, nous construirons le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* dans le cadre du décès d'une personne physique. Ces développements nous permettront de mettre en évidence les contours de la notion d'impossibilité matérielle, juridique et morale d'exécution dans le domaine des conventions *intuitu personae* (*infra*, n^{os} 400-425).

Ensuite, dans une troisième section, nous nous pencherons sur les effets de l'*intuitus personae* lors d'une opération de restructuration d'une personne morale. La fusion par absorption nous servira alors de modèle de référence. Dans ce cadre, nous verrons la place occupée par les concepts de force majeure, de caducité et de résolution en la matière (*infra*, n^{os} 426-440).

Section 1re. La conception classique de la dissolution du contrat *intuitu personae* lors de la transmission universelle d'un patrimoine

383. Plan. – Nous débuterons cette section par un rappel des principes qui régissent la transmission universelle de patrimoine des personnes physiques. Nous le ferons aussi pour les personnes morales lors de la survenance d'une fusion, d'une scission, d'un apport de branche d'activité ou d'universalité (**§1er**). Ensuite, nous verrons la place classiquement réservée à l'*intuitus personae* au sein de ces différents événements (**§2**). En définitive, ces propos nous amèneront à affiner la position majoritairement adoptée en doctrine et en jurisprudence en la matière (**§3**).

§1er. – Principes relatifs à la transmission universelle ou à titre universel de patrimoine d'une personne physique et d'une personne morale

384. Principes applicables aux personnes physiques et aux personnes morales. – L'article 1122 du Code civil constitue le fondement de la transmission universelle d'un contrat au décès d'une personne physique (**A**). En outre, si les principes de base gouvernant la transmission de patrimoine d'une personne morale reposent sur cette disposition, ils y dérogent également (**B**).

A. La transmission de patrimoine d'une personne physique

385. Principe de la continuation de la personne du défunt. – Conformément aux termes de l'article 1122 du Code civil, il apparait que « [l'on] est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». En droit belge, cette disposition fondamentale se trouve à la source du principe de la continuation de la personne du défunt, conjointement avec l'article 724 du Code civil.

La doctrine admet que les ayants cause universels ou à titre universel succèdent à la personne du *de cujus*[2343]. L'ayant cause universel vise l'héritier ou le légataire qui a vocation à recevoir l'intégralité du patrimoine de son auteur ; l'ayant cause à titre universel renvoie à l'héritier ou au légataire qui a vocation à recevoir une fraction abstraite du patrimoine[2344]. Par exemple, les héritiers, les légataires universels ou à titre universel continuent la personne de leur auteur[2345].

[2343] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 796-797, n° 829 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 218, n° 308 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 176-177, n° 120*bis* ; E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART et R. VAN DER MADE, *Les Novelles*, t. IV, *Théorie générale des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1958, p. 203, n° 23. Voy. not. sur le principe de la continuation de la personne du *de cujus* en droit français : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, pp. 545-546, n° 488 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, pp. 455-456, n° 437 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 435-439, nos 391-392 ; P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 31-41, nos 38-50.

[2344] Voy. not. : N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 105, n° 111 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 797, n° 829.

[2345] I. VANSTAPEL, « Wie is "partij" en wie is "derde" in een contract en in een contractgroep? Actuele knelpunten en perspectieven », in *Positie van de derde in het privaat vermogensrecht*, A. DE BOECK, S. STIJNS et R. VAN RANSBEECK (éds.), Bruges, die Keure, 2012, pp. 8-9, n° 14 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis*.

En revanche, selon la majorité des auteurs, les ayants cause à titre particulier n'entrent pas dans le champ d'application du principe de la continuation de la personne du défunt[2346]. Cette sorte d'ayant cause renvoie à celui qui hérite d'un bien ou d'un droit déterminé. Le légataire à titre particulier en fait notamment partie : il ne succède qu'au droit ou à la chose transmise, dans l'état dans lequel le droit ou la chose se trouve au moment de la mort du disposant. En principe, le légataire ne supporte pas les dettes de son auteur, de sorte qu'il ne continue pas sa personne[2347].

Le principe de la continuation de la personne emporte la transmission de l'intégralité – ou d'une partie abstraite – du patrimoine du défunt à ses ayants cause universels ou à titre universel. Ces derniers héritent de l'ensemble de ses biens, de ses droits et de ses dettes ; les ayants cause deviennent donc parties aux contrats conclus par leur auteur[2348]. Une partie de la doctrine enseigne aussi que la transmission du patrimoine a lieu de plein droit par l'acceptation de la succession. Cette transmission ne revêt pas d'effet rétroactif[2349] : ainsi P. Wéry remarque-t-il que « la validité de la convention au regard d'un éventuel problème de consentement ou d'incapacité contractuelle doit-elle s'apprécier par rapport à la personne du de *cuius* au moment où celui-ci a contracté »[2350].

386. Exceptions au principe de la continuation de la personne. – En droit belge, le principe de la continuation de la personne connait cinq exceptions dont nous résumons le contenu ici.

1° L'article 1122 du Code civil indique d'abord que « l'on est censé avoir stipulé pour ses héritiers et ayants cause, *à moins que le contraire ne soit exprimé* »[2351]. Une clause peut ainsi tenir en échec le principe de la transmission universelle de patrimoine d'une personne physique, en indiquant que « la convention prendra fin de plein droit au décès de la partie […] »[2352].

2° Ensuite, l'article 1122 du Code civil fait mention, au titre d'exception au principe de la continuation de la personne, « à la nature de la convention ». Selon d'aucuns, il apparait que la nature de la convention renvoie au caractère *intuitu personae* du contrat : H. De Page précise

---

[2346] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 797, n° 829 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 218, n° 308 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 176-177, n° 120*bis*. Comp. avec : E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, p. 26, n° 10.

[2347] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis*.

[2348] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 797, n° 829 ; N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 105, n° 111 ; S. STIJNS, « Le contrat et les tiers », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, p. 200, n° 21 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, p. 27, n° 11 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis*.

[2349] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 797, n° 829 ; N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 105, n° 111 ; S. STIJNS et E. VERJANS, « Variaties op het begrip "derde" in het contractenrecht », in *Derden in het contractenrecht*, I. SAMOY (éd.), Anvers – Oxford, Intersentia, 2009, p. 31, n° 13. Voy. not. en droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 455, n° 437 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 437, n° 392.

[2350] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 797, n° 829. Voy. en droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 455, n° 437.

[2351] Nous soulignons.

[2352] Voy. not. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 797, n° 829 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 218, n° 308.

utilement, à ce sujet, que « Ces contrats s'éteignent par la mort, mais uniquement par celle du cocontractant *qui avait été choisi en considération de la personne* »[2353] (*infra*, n° 390).

3° Plusieurs dispositions légales prévoient la dissolution de plein droit de la convention par la mort de l'un des cocontractants. Par exemple, il s'agit du cas de l'article 1795 du Code civil (contrat d'entreprise), de l'article 1879, alinéa 2 (contrat de commodat) ou de l'article 2003 (contrat de mandat). D'autres dispositions particulières consacrent également ce principe. Ainsi en est-il de l'article 32, 4°, de la loi relative aux contrats de travail[2354], de l'article 101 de la loi relative aux assurances[2355] et, enfin, de l'article 4:16, 3°, du Code des sociétés et des associations.

4° Les successeurs universels ou à titre universel ne s'identifient pas à leur auteur s'ils invoquent, contre l'acte conclu par celui-ci, un droit propre que la loi leur confère et auquel cet acte porte atteinte[2356]. Dans cette logique, les héritiers ne doivent pas respecter les actes passés par le *de cujus* lorsque ceux-ci lèsent leurs droits réservataires[2357]. La Cour de cassation a admis cette exception à plusieurs reprises, comme dans le cadre de la législation relative aux baux à ferme[2358] et dans celui de la loi sur la réparation des dommages résultant de maladies professionnelles[2359].

5° Enfin, un contrat s'éteint lorsque l'ayant cause universel ou à titre universel n'a pas la capacité requise afin d'exercer les droits ou d'exécuter les obligations issus du contrat conclu par son auteur[2360]. Une ancienne décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 juin 1862 illustre cette idée[2361]. Dans cette affaire, la Cour a notamment affirmé que « si, aux termes de [l'article 1122 du Code civil] on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers, cette règle ne saurait recevoir d'application toutes les fois que la convention est de telle nature qu'elle ne puisse être accomplie par l'héritier lui-même comme elle pouvait l'être par son auteur ». En l'occurrence, une mineure ne pouvait pas exécuter une clause compromissoire valablement souscrite par son père, dans la mesure où la loi interdisait aux incapables de recourir à ce genre de clause pour régler leur litige.

B. La transmission de patrimoine d'une personne morale

387. Continuation de la personne morale lors d'une opération de fusion, scission, apport d'universalité ou de branche d'activité. – En droit belge, la loi du 29 juin 1993 a organisé le régime des fusions et des scissions de sociétés[2362] ; la loi du 13 avril 1995 a parfait cette

---

[2353] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis*.
[2354] Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.
[2355] Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014.
[2356] Voy. not. : N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 105, n° 111 ; S. STIJNS et E. VERJANS, « Variaties op het begrip "derde" in het contractenrecht », in *Derden in het contractenrecht*, I. SAMOY (éd.), Anvers – Oxford, Intersentia, 2009, p. 32, n° 14 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, p. 27, n° 11.
[2357] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 797, n° 829.
[2358] Cass., 18 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1205.
[2359] Cass., 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 892.
[2360] Voy. not. : N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 105, n° 111 ; S. STIJNS, « Le contrat et les tiers », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, p. 200, n° 21 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, p. 28, n° 11.
[2361] Bruxelles, 14 juin 1862, *Pas.*, 1862, II, p. 271. *Adde* : Bruxelles, 9 décembre 1950, *R.W.*, 1950-1951, p. 662.
[2362] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, « Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et selon la loi nouvelle », in *Les fusions et les scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, P. VAN OMMESLAGHE et J. KIRKPATRICK (éds.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1993, pp. 1-69.

réglementation, par l'ajout d'un régime dédié à l'apport d'universalité et de branche d'activité[2363]. Le nouveau Code des sociétés et des associations reprend ces règles dans ses articles 12:1 à 12:119.

Dans ce cadre, l'article 12:13, 3°, du Code des sociétés et des associations consacre le principe de la continuation de la personne morale de la société absorbée ou scindée pour une opération de fusion ou de scission[2364] ; l'article 12:96 prescrit la continuation de la société apporteuse pour l'apport d'universalité ou de branche d'activité[2365]. Lors d'une fusion ou d'un apport d'universalité, la société absorbante, nouvellement constituée ou bénéficiaire de l'apport constitue l'ayant cause universel de la société absorbée ou apporteuse[2366] ; s'agissant d'une scission ou d'un apport de branche d'activité, la société absorbante, nouvellement constituée ou bénéficiaire de l'apport, représente l'ayant cause à titre universel de la société scindée ou apporteuse[2367].

Il convient de remarquer que les opérations de restructuration possèdent quatre caractéristiques essentielles[2368]. *Primo*, elles reposent sur la conclusion d'un contrat entre plusieurs personnes morales : elles ont donc, en principe, un caractère *volontaire*[2369]. *Secundo*, une procédure de restructuration entraine nécessairement un transfert universel ou à titre universel de patrimoine. *Tertio*, la fusion et la scission provoquent la dissolution sans liquidation de la société absorbée[2370]. *Quarto*, les associés des sociétés dissoutes deviennent actionnaires de la société absorbante ou nouvellement constituée, moyennant l'attribution éventuelle d'une soulte maximale de 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées (articles 12:2 et 3 du Code des sociétés et des associations). Toutefois, dans le cadre d'un apport d'universalité ou d'un apport de branche d'activité, la rémunération des actionnaires de la société apporteuse consiste exclusivement en des parts ou des actions de la société bénéficiaire de l'apport (article 12: 9 et 10 du même code).

388. Principe et exceptions à la transmission du patrimoine de la société dissoute ou apporteuse. – Une fusion emporte la transmission de l'intégralité du patrimoine – ou d'une partie de celui-ci à l'occasion d'une scission – à la société absorbante ou nouvellement constituée[2371]. Cette règle s'inscrit dans la logique du principe de la continuation de la personne du défunt.

[2363] Voy. not. : Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *J.T.*, 1996, pp. 493-509.

[2364] Voy. not. : D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 1206, n° 573 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1986-1987, n° 1377 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 129-130, n° 169 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *T. Not.*, 1998, p. 345, n° 2 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 279, n° 409. Voy. pour l'analyse de la fusion comme une opération de *pure transformation* de société, sans aucune interruption de la personnalité morale et donc sans solution de continuité : V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 359-382, n^{os} 412-438.

[2365] Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1996-1997, n° 1386. Cons. sur les limites de ce principe pour l'apport en branche d'activité : Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *J.T.*, 1996, p. 502, n° 28.

[2366] Dans ce sens dans le cadre de la fusion : Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 749.

[2367] Dans le sens contraire avant la réforme à propos d'un apport de branche : Cass., 4 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 798.

[2368] Voy. à cet égard : F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 1199 et suivantes.

[2369] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 171, n° 7.

[2370] Article 12:13 du Code des sociétés et des associations.

[2371] Toutefois, s'agissant de l'apport de branche d'activité, le deuxième alinéa de l'article 12:96 indique que la transmission se limite à l'ensemble des actifs et des passifs qui se rattachent à la branche d'activité apportée. Cons. sur cette question : Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *J.T.*, 1996, p. 502, n° 28.

Partant, la société absorbante, nouvellement constituée ou bénéficiaire de l'apport recueille de plein droit l'ensemble des biens, des droits et des dettes de l'absorbée[2372]. La première société devient alors partie aux contrats conclus par la deuxième sans formalité supplémentaire ; la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport ne peut donc être considérée comme un tiers à ces actes[2373]. Dans une décision du 2 décembre 1996, la Cour de cassation a décidé que la société absorbante ne devait pas obtenir l'autorisation du bailleur de la société absorbée afin de continuer le bail[2374].

La doctrine reconnait généralement une exception à la transmission de plein droit du patrimoine à la société absorbante, nouvellement constituée ou bénéficiaire de l'apport. En effet, selon d'aucuns, les opérations de restructuration ne concernent pas l'ordre public : les parties peuvent donc prévoir une clause qui interdit la transmission du contrat lors d'une telle opération ou qui modalise le régime de sa dissolution quand cet événement se produit[2375]. P. Van Ommeslaghe écrit, à ce sujet, que ces clauses « se rencontrent, par exemple, assez fréquemment dans des emprunts obligataires, des contrats de collaboration, de "joint venture" ou de livraisons à long terme »[2376]. Nous reviendrons sur ces clauses dans le cadre de la fusion (*infra*, n^{os} 427-428).

§2. – Approche classique de la dissolution du contrat intuitu personae lors de la transmission universelle de patrimoine

389. Une opération similaire et deux effets différents. – Les effets de l'*intuitus personae* varient en fonction de l'hypothèse de transmission de patrimoine visée : s'il s'oppose à la transmission des contrats souscrits par les personnes physiques (*infra*, n° 390), il ne représente pas un obstacle à la transmission des conventions conclues par les personnes morales (*infra*, n° 391).

390. Décès d'une personne physique : dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*. – Une partie de la doctrine pense classiquement que l'*intuitus personae* entraine la dissolution de plein droit, c'est-à-dire automatique, de la convention à la mort du cocontractant qui le justifie. Il s'agit de l'exception majeure au principe de la continuation de la personne[2377].

[2372] Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 749.

[2373] D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, p. 1206, n° 573 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1986, n° 1378 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 130, n° 169 ; S. BAR et C. ALTER, *Les effets du contrat*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 26, n° 50 ; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABBEELE, « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1993, pp. 206-207.

[2374] Cass., 2 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 620.

[2375] F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 1221, n° 54 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1988, n° 1378 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 126-127, n° 118 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 154-155, n° 26 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 306-307, n° 450.

[2376] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1988, n° 1378.

[2377] Voy. not. en droit belge : G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2^{e} éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 162, n° 212 ; N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 106, n° 112 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 798, n° 831 et p. 939, n° 1013 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 26, n° 10 ; S. BAR et C. ALTER, *Les effets du contrat*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 25, n° 49 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 219, n° 309 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten

1° Les écrits de plusieurs auteurs rendent compte de cette idée.

Selon P. Wéry, « L'extinction de plein droit de la convention peut, en effet, résulter de sa nature même, c'est-à-dire du caractère *intuitu personae* qui s'y attache ; ainsi la convention de compte bancaire prend-elle fin par le décès du titulaire du compte »[2378] ; de même, pour N. Carette, « *In de mate dat de rechtsovergang niet plaatsvindt, is en blijven de algemene rechtverkrijgenden en rechtverkrijgenden onder algemene titel derden: […] ook de aard van de overeenkomst kan zich daartegen verzetten (art. 1122 BW). Dat is het geval voor overeenkomsten intuitu personae, althans wat betreft de partji(en) uit aanmerking van wie de overeenkomst werd gesloten* »[2379]. S. Bar et C. Alter estiment que « Les contrats *intuitu personae* s'éteignent par le décès de la partie dont la personnalité a été déterminante pour la conclusion du contrat. Il en est ainsi que cette personne soit créancière ou débitrice »[2380]. H. De Page écrit que « La première [exception à l'article 1122 du Code civil] a trait aux contrats *intuitu personae*. […] Ainsi la commande d'un tableau à un peintre est résiliée par la mort de celui-ci, mais non par la mort du *conductor operis*. Cette solution se justifie d'elle-même. Les héritiers du peintre peuvent ne pas avoir le talent de leur auteur »[2381].

Un principe similaire s'observe en droit français. S'agissant des exceptions à l'ancien article 1122 du Code civil français, F. Terré, Y. Lequette et Ph. Simler précisent que « les contrats qui sont conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération des qualités mêmes du cocontractant, de ses aptitudes, de ses connaissances n'étendent pas leurs effets aux héritiers de celui-ci »[2382]. Dans le même sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux ajoutent que « les contrats *intuitu personae* prennent naturellement fin au décès du cocontractant dont la personnalité était déterminante du contrat »[2383]. Enfin, J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau pensent que « Le principe posé par l'article 1122 du Code civil comporte en outre deux exceptions. […] Ensuite la nature du contrat peut en écarter l'application. Il en est ainsi des conventions conclues *intuitu personae* »[2384].

Ces propos s'inscrivent dans le registre de l'approche rigide et donc conceptuelle des conséquences de l'*intuitus personae*. En effet, en vertu de cette conception, il faut postuler qu'une convention nantie de ce caractère se dissout toujours au décès de la partie qui le justifie.

Kluwer's, 1984, p. 27, n° 12 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis* ; E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART et R. VAN DER MADE, *Les Novelles*, t. IV, *Théorie générale des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1958, p. 203, n° 23. Voy. not. en droit français : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, pp. 545-546, n° 488 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 456, n° 437 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 519, n° 464.

[2378] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 798, n° 831 et p. 939, n° 1013. Voy. dans le même sens pour la dissolution du contrat de compte au décès de son titulaire : G. JAKHIAN, J. LINSMEAU, J.-P. SCHERMANS et M. VANDEMEULEBROEKE, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 162, n° 212.

[2379] N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 106, n° 112.

[2380] S. BAR et C. ALTER, *Les effets du contrat*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 25, n° 49.

[2381] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis*.

[2382] F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013, pp. 545, n° 488.

[2383] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2013, p. 456, n° 437.

[2384] J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 519, n° 464.

2° Plusieurs décisions des cours et tribunaux illustrent ce point de vue classique[2385].

Un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 14 janvier 1997 le démontre[2386]. Cette affaire concerne la transmission d'un contrat de cautionnement souscrit par le gérant d'une société à ses héritiers. La Cour a d'abord constaté que l'obligation « de la caution a été conclue *intuitu personae* dans le chef des deux parties (la caution et le créancier) »[2387]. Ensuite, la Cour a considéré « [qu'un] tel contrat est nécessairement dissous par la mort, de sorte que l'engagement de feu André Hourez [*i.e.* le gérant caution des engagements de sa société] n'a pas pu passer à ses héritiers »[2388].

Une décision du Tribunal de première instance de Bruxelles du 29 novembre 2012 l'illustre aussi[2389]. Cette espèce a trait à la dissolution d'un bail de logement social au décès du locataire. *In casu*, le Tribunal a décidé que « Par dérogation à l'article 1742 du Code civil, le contrat de bail portant sur un logement social, par la mission de service public qu'il est censé remplir, et compte tenu de ses conditions d'octroi, dépendantes de la situation particulière du demandeur de logement social, est un contrat conclu *intuitu personae*, de telle sorte que le décès du "locataire survivant" entraine sa dissolution, et qu'il ne se transmet pas, par voie successorale, à ses héritiers »[2390].

Dans ce contexte, il est admis que les contrats suivants s'éteignent avec le décès du cocontractant *intuitu personae* : le contrat d'architecte[2391], le contrat passé entre un artiste et un marchand ou une galerie d'art[2392], le contrat de compte[2393], le contrat d'ouverture de crédit[2394], le contrat de franchise[2395], le contrat de concession exclusive de vente[2396], le contrat de bail de logement social[2397], les contrats d'assurance professionnelle ou d'assurance-crédit[2398] ou encore le contrat de travail lorsque la personne de l'employeur justifiait une relation personnelle[2399].

[2385] Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *R&J*, 2015, p. 7 (contrat d'architecte) ; Bruxelles, 7 novembre 1997, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 365, note H. VERHEYDEN (contrat de compte). Voy. également les décisions relatives à la dissolution du bail de logement social lors du décès du locataire : J.P. Charleroi, 12 juillet 2017, *J.J.P.*, 2019, p. 94 ; J.P. Anderlecht, 29 mai 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 255 ; J.P. Etterbeek, 4 octobre 2013, *J.J.P.*, 2015, p. 240 ; Civ. Bruxelles, 29 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1975 ; J.P. Verviers, 8 octobre 2012, *J.J.P.*, 2012, p. 258.

[2386] Mons, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1999, p. 155, *R.C.J.B.*, 2001, p. 141, note A. LIMPENS.

[2387] *Ibidem*, spéc. p. 156.

[2388] *Ibidem*.

[2389] Civ. Bruxelles, 29 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1975.

[2390] *Ibidem*, spéc. p. 1977.

[2391] J.-Fr. HENROTTE, L.-O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 121, n° 136.

[2392] Voy. not. en droit français : F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123, point n° A.I.1°.

[2393] C. ALTER, « Droit bancaire général – Réglementation – Devoirs du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. not.*, t. IX, L. 1-II, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 228, n° 274.

[2394] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 404, n° 528 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, pp. 195-196, n° 12.

[2395] S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, Malines, Kluwer, 2013, p. 52, n° 57.

[2396] M. WAGEMANS, *Concession de vente*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 22, n° 18.

[2397] N. BERNARD, « Le bail de logement social et le droit fondamental à un logement décent », in *Le bail de logement social*, G. BENOÎT, N. BERNARD, D. DÉOM, P.-M. DUFRANNE et P. JADOUL (éds.), Bruxelles, la Charte, 2009, p. 28.

[2398] Voy. not. à ce sujet : P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, pp. 5-6 ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482.

[2399] C.T. Liège, 16 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 348 ; C.T. Mons, 13 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 24 ; C.T. Mons, 4 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 25 ; C.T. Mons, 3 novembre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 167.

3° Le droit néerlandais s'inscrit dans la logique de cette approche classique.

En effet, concernant les contrats de prestations de services intellectuels (« *opdracht overeenkomsten* »), l'article 7:409, alinéa 1er, du *Burgerlijk Wetboek* prévoit que « *Indien de opdracht met het oog op een bepaalde persoon is verleend, eindigt zij door zijn dood* ». Pour la doctrine néerlandaise, cette disposition rappelle une évidence, à savoir la dissolution de plein droit d'un contrat conclu en considération de la personne d'un prestataire de services intellectuels[2400].

Le second alinéa de l'article 7:409 précise que « *Alsdan zijn diens erfgenamen, indien zij kennis dragen van de erfopvolging en van de opdracht, verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen. Een overeenkomstige verplichting rust op degenen in wier dienst of met wie de opdrachtnemer een beroep of bedrijf uitoefende* ». Les héritiers doivent donc veiller aux intérêts de la partie survivante au décès de leur auteur. Selon certains, la portée de ce devoir reste limitée : les héritiers ne doivent pas exécuter les obligations contractuelles du défunt, peu importe que ce prestataire exerçât en personne physique ou en société[2401]. Leur intervention se limite à fournir l'assistance nécessaire au survivant afin qu'il trouve un nouveau cocontractant : T.F.E. Tjong Tjin Tai enseigne que « *De bedoeling is waarschijnlijk dat de erfgenamen verplicht zijn om de medewerking te verlenen aan de opdrachtnemer bij het opvangen van het overlijden. Deze medewerking kan bijvoorbeeld bestaan uit het toegang verschaffen tot bestanden, dossiers of administratie die zich in het huis van de overledene bevindt* »[2402].

391. Fusion, scission, apport d'universalité ou de branche d'activité d'une personne morale : transmission de plein droit des contrats *intuitu personae*. – Les auteurs belges approchent différemment les effets de l'*intuitus personae* lorsqu'il est question d'une procédure de restructuration, à savoir une fusion, une scission, un apport d'universalité ou de branche d'activité.

1° Selon une large partie de la doctrine, le contrat *intuitu personae* se transmet automatiquement à la société absorbante, nouvellement constituée ou bénéficiaire de l'apport[2403].

[2400] T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 155-156, n° 172 ; S.C.J.J. KORTMANN, « Vragen over het einde van de opdracht », *W.P.N.R.*, 1994, p. 310, n° 2 ; B. WESSELS, « De rechtsverhouding tussen cliënt en notaris resp. advocaat », *W.P.N.R.*, 1994, p. 583 ; C.E. DU PERRON, « De overeenkomst van opdracht », *N.J.B.*, 1993, p. 1047.

[2401] S.C.J.J. KORTMANN, « Vragen over het einde van de opdracht », *W.P.N.R.*, 1994, p. 310, n° 2. Voy. dans un sens similaire : T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 155-156, n° 172.

[2402] T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 156, n° 172.

[2403] F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 1212-1213, n° 44 ; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, p. 1206, n° 573 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1988-1989, n° 1379 ; J. CATTARUZZA, « La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques », in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2e éd., Livre 172.2, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 28, n° 230 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 132, n° 176 ; D. MATRAY, « La protection des tiers », *Act. dr.*, 1995, p. 182, n° 36 ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 382, n° 438 ; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABBEELE, « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1993, p. 245 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 290-291, n° 427.

De la sorte, Th. Tilquin considère que « Les directives européennes organisent un transfert de l'ensemble des contrats conclus par les sociétés apporteuses, sans excepter les contrats conclus *intuitu personae* […] Les lois coordonnées ne prévoient dès lors aucune exception, dans le cadre du transfert de patrimoine activement et passivement, pour les contrats *intuitu personae* »[2404]. C'est également vrai pour J. Cattaruzza, selon qui « La question du transfert des contrats suite à une opération de fusion se cristallise essentiellement sur les contrats *intuitu personae*. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 juin 1993, la doctrine et la jurisprudence étaient d'avis que ces contrats ne pouvaient être transférés suite à une fusion sans l'accord du cocontractant. Les directives à la base de la loi de 1993 se sont toutefois prononcées en sens contraire en vue de favoriser l'harmonisation du droit des Etats membres. Les travaux parlementaires de la loi belge ont clairement pris acte de ce principe »[2405]. Enfin, K. Byttebier abonde dans un sens similaire, en écrivant que « *De overgang dan het gehele vermogen van de verdwijnen venootschap impliceert, in beginsel, dat – anders bij de gevallen van rechtsopvolging ter oorzake des doods van natuurlijke personen – ook haar* intuitu personae *overeenkomsten, zonder meer, overgaan* »[2406].

2° Il nous semble que cette opinion classique repose sur trois fondements.

Tout d'abord, la référence aux travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1993 constitue l'argument majeur invoqué à l'appui de cette thèse[2407]. Dans l'exposé des motifs de la loi, le législateur a indiqué que « La conséquence la plus importante de la fusion est bien évidemment la transmission universelle de patrimoine. Cette transmission qui concerne l'ensemble du patrimoine englobera même les contrats conclus *intuitu personae* »[2408]. Plusieurs députés tentèrent d'amender ce principe[2409]. Mais, le gouvernement rétorqua, d'une part, que les troisième[2410] et sixième[2411] directives fusion n'exceptaient volontairement pas cette sorte de contrats du principe de la transmission ; il répondit, d'autre part, qu'admettre cette exception ruinerait le principe de la transmission de plein droit, vu « l'usage très délicat [de l'*intuitus personae*] dans la pratique »[2412].

Certains admettent la transmission de plein droit des contrats *intuitu personae* sur la base du principe de la continuation de la personne morale de la société absorbée ou apporteuse. P. Van Ommeslaghe écrit ainsi que « La transmission à la société absorbante des contrats, même conclus par la société absorbée, *intuitu personae* ou *intuitu firmae* peut aussi être justifiée par la *continuation de la personnalité juridique* de la société absorbée par la société absorbante. Selon

---

[2404] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 292, n[os] 429-430.
[2405] J. CATTARUZZA, « La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques », in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2[e] éd., Livre 172.2, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 28, n° 230.
[2406] K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 132, n° 176.
[2407] Voy. not. en ce sens : J. CATTARUZZA, « La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques », in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2[e] éd., Livre 172.2, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 28, n° 230 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 132, n° 176 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 290-291, n° 427.
[2408] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/1, p. 14.
[2409] Voy. not. les différentes tentatives d'amendements introduites par M. Eerdekens, Mme Onkelinx et M. Daerden à ce sujet : *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, pp. 7-10.
[2410] Troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, 20 octobre 1978.
[2411] Sixième directive du Conseil du 17 décembre 1982 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions de scissions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, 31 décembre 1982.
[2412] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 491/5, p. 17.

cette analyse en effet, il n'y a pas de solution de continuité dans la personnalité successive en sorte que l'*intuitus personae* ne ferait pas obstacle à la transmission de toutes sortes de contrats »[2413].

Une dernière partie de la doctrine adhère à la transmission de plein droit des contrats *intuitu personae* pour des raisons d'efficacité économique. Ainsi Fr. T'Kint et I. Corbisier soulignent-t-ils « [qu'il] s'agit en réalité d'une "atteinte législative à l'*intuitus personae*" justifiée par des considérations d'efficacité de l'opération envisagée et dont l'admissibilité est du reste renforcée par l'organisation d'un régime de protection des créanciers »[2414]. En effet, lorsqu'une opération de restructuration lèse les créanciers de la société absorbée ou absorbante, la loi prévoit qu'ils peuvent exiger l'octroi d'une garantie supplémentaire si leur créance n'est pas encore échue[2415].

§3. – Réflexions sur l'approche classique de la dissolution du contrat intuitu personae lors de la transmission universelle de patrimoine

392. Axes d'amélioration de l'approche classique. – S'il est vrai que le décès d'une partie entrainera souvent la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae*, nous pensons que cette approche gagnerait à être plus souple : il parait utile d'admettre la transmission de ce genre de convention dans certaines circonstances et, de la sorte, de limiter leur dissolution à la survenance d'une impossibilité matérielle, morale et juridique d'exécution (**A**). En outre, la caducité et la résolution tempèrent la transmission automatique de cette sorte de contrat lors d'une opération de restructuration (**B**). Leur dissolution par la transmission universelle s'apprécie donc *in concreto*.

A. Réflexions sur la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* par le décès

393. Une approche plus souple. – La dissolution automatique des contrats *intuitu personae* par le décès pourrait gagner en souplesse[2416] ; une telle approche repose d'ailleurs sur des fondements plus fragiles qu'il y parait. La Cour de cassation n'est pas restée étrangère à cette idée dans une décision du 22 février 2008[2417]. Cette affaire concerne la dissolution d'un contrat de compte à la mort de son titulaire. Selon la Cour, « il n'existe pas de principe général du droit suivant lequel un contrat conclu en considération de la personne prend fin à la mort de l'une des parties »[2418].

Le point de vue de la Cour de cassation mérite l'approbation pour deux raisons.

1° Il est vrai que l'article 1879, alinéa 2, du Code civil semble confirmer l'existence d'un tel principe général du droit à première vue : il prévoit, pour le contrat de commodat, que « si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée ». L'article 101 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances s'inscrit dans cette logique, puisqu'il indique que « Par dérogation à l'article 100, le

---

[2413] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1990, n° 1379. Voy. également pour une approche comparable : V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 382, n° 438.

[2414] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 184, n° 20.

[2415] Article 12:15 du Code des sociétés et des associations. Voy. not. sur cette procédure et pour les principes applicables au Code des sociétés et des associations : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 344, n° 648, pp. 848-850, nos 1538-1540. Cons. également : Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 313-327, nos 463-484.

[2416] Voy. not. dans le même sens : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 391-398 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, pp. 826-828.

[2417] Cass., 22 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 486.

[2418] *Ibidem*, spéc. p. 488.

contrat qui a été conclu en considération de la personne de l'assuré prend fin de plein droit au décès de celui-ci ». Toutefois, d'autres dispositions prescrivent la continuation du contrat *intuitu personae* en dépit de la mort de la partie le justifiant. Tel est le cas de la loi sur les baux à ferme, dont l'article 38 précise « [qu'en] cas de décès du preneur d'un bien rural, le bail continue au profit de ses héritiers ou ayants droit, à moins que congé ait été donné par le bailleur ou par ses héritiers ou ayants droit dans les conditions déterminées ci-après »[2419]. La loi ne consacre donc pas toujours l'extinction de plein droit du contrat *intuitu personae* à la mort de la partie qui le justifie.

2° Par ailleurs, l'examen de la raison d'être de plusieurs dispositions démontre que la dissolution de plein droit d'une convention trouve parfois son origine dans la volonté de protéger *la liberté individuelle des héritiers*, dans des considérations *politiques* ou encore *d'équité*[2420].

Les travaux préparatoires de l'article 1795 du Code civil témoignent de ce constat. À leur lecture, plusieurs raisons justifient la dissolution du contrat d'entreprise du fait du décès de l'entrepreneur[2421]. Selon les rédacteurs du Code, cette règle s'appuie *en partie* sur la considération de la personne du prestataire : ainsi Tronchet précisait-il « qu'un marché d'ouvrage ne se règle pas seulement par la fixation du prix, mais par la confiance qu'on a dans la probité et l'intelligence de celui qu'on a en charge. Il est donc impossible de forcer un propriétaire à en accepter un autre »[2422]. Cependant, il convient d'admettre que le fondement de l'article 1795 du Code civil repose surtout sur la volonté de *protéger la liberté individuelle des héritiers* du prestataire de services[2423]. Le conseiller Réal observait effectivement que « le propriétaire n'a pas pu prévoir qu'il se trouverait un jour avoir contracté avec la femme, avec les enfans *(sic)* en bas âge que l'architecte a laissés. Comment d'ailleurs ceux-ci parviendraient-ils à exécuter le contrat ? »[2424]. En conclusion, si la dissolution du contrat d'entreprise s'impose en toutes hypothèses lors du décès de l'entrepreneur, les fondements de cette solution s'avèrent en partie étrangers à la notion d'*intuitus personae*[2425].

[2419] La doctrine belge admet communément que le preneur justifie l'*intuitus personae* dans le contrat de bail à ferme. Voy. not. : F. VAN MALLEGHEM et H. VAN MALLEGHEM, « La cession de bail et la sous-location », in *Le bail à ferme. Un état des lieux*, R. GOTZEN (éd.), Bruxelles – Bruges, la Charte – die Keure, 2015, p. 283 ; E. BEGUIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 19-20, n^{os} 36-42.

[2420] Voy. dans ce sens : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 396-397, n° 439 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 827, n° 638. Voy. en droit français : M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^{e} éd., Paris, LexisNexis, 2017, pp. 58-60, n° 80.

[2421] Cons. sur l'analyse des travaux préparatoires de l'article 1795 du Code civil : P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, pp. 115-117, n^{os} 122-124.

[2422] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 367, n° 22.

[2423] A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 387, n° 304 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 767, n° 311 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 394, n° 437 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1157, n° 1231 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 116, n° 123 ; A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, 2^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 239, n° 139 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 197, n° 295.

[2424] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 366, n° 22.

[2425] A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 388, n° 304 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 767-768, n° 311 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 116, n° 123 ; A. DELVAUX, *Traité juridique*

La *ratio legis* de l'article 32, 4°, de la loi du 3 juillet 1978 se fonde aussi sur des motifs similaires. Cette disposition repose sur le prescrit de l'article 14, 4°, de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail. Dans les travaux préparatoires de cette loi, la dissolution du contrat ne se fonde pas sur l'*intuitus personae* lorsque le travailleur décède : le législateur estimait, à l'époque, que « La mort de l'ouvrier, visée au 4° de cet article, est […] un cas de *force majeure* »[2426]. Cette opinion fait écho à une ancienne doctrine française, selon laquelle la protection des successeurs du travailleur justifie la dissolution du contrat à son décès ; les héritiers n'ont pas à supporter la dette de travail de leur auteur, sous peine de mettre en péril leur liberté individuelle. Le décès constitue donc une force majeure dans leur chef[2427]. L'existence d'une disposition particulière se justifie, pour le législateur belge, par une considération purement pragmatique. En effet, certains députés ont noté que « la mort de l'ouvrier n'est pas toujours […] un cas de force majeure à proprement parler, du moins au regard de l'ouvrier : il ne l'est pas […] lorsque l'ouvrier se suicide »[2428].

Enfin, un détour par le droit français montre que certains contrats s'éteignent à la mort d'une partie pour des *considérations politiques* ou *d'équité*. M. Grimaldi confirme ainsi que « certaines obligations s'éteignent *mortis causa* pour des raisons de pure *politique juridique*. Ce sont des considérations tenant à la politique du logement qui expliquent que les baux d'habitation s'éteignent par le décès du preneur. C'est un *souci d'équité* qui explique le mieux la jurisprudence qui limite la transmission aux héritiers des obligations de la caution »[2429]. Il est vrai que le décès du locataire social met fin au bail pour des motifs en partie liés à la politique du logement. Lors d'une décision du 12 juillet 2017, le Juge de paix de Charleroi a ainsi affirmé « [qu'il] faut considérer que la transmission d'un bail de logement social aux héritiers d'un locataire "social" va à l'encontre de l'économie même de ce type de bail et des nombreuses spécificités qui sont les siennes, en particulier en ce qui concerne les modes d'attribution des logements sociaux qui sont fondés sur des critères objectifs que la situation d'un héritier ne rencontre pas nécessairement »[2430].

394. Une approche au fondement limité à l'impossibilité d'exécution. – Compte tenu de ses pistes de réflexion, il nous semble que la dissolution de plein droit des conventions *intuitu personae* se conçoit, en principe, à partir du moment où le décès de la partie justifiant ce caractère implique une impossibilité d'exécution de ses obligations ou une impossibilité d'exercice de ses droits.

Il existe plusieurs traces de cette lecture stricte de l'article 1122 du Code civil.

Dans certaines circonstances, un sentiment de confiance ou l'affection atteint une telle intensité entre les cocontractants que le décès de l'un d'eux peut rendre la poursuite de la relation contractuelle *moralement* impossible avec ses héritiers. Les rédacteurs du Code civil ont pensé la dissolution de plein droit de la convention de mandat sur la base de ce principe : selon les termes du conseiller Tarrible, « La confiance se concentre tout entière dans les personnes qui se la donnent ; elle doit nécessairement s'éteindre avec elles : ainsi, le mandat finit par la mort du

des bâtisseurs, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 239, n° 139 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 197, n° 295.

[2426] Nous soulignons. Voy. Rapport de la Section centrale, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1897-1898, n° 76, p. 49.

[2427] Voy. not. : M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 122, n° 125 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 28, n° 11.

[2428] Rapport de la section centrale, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1897-1898, n° 76, p. 49.

[2429] M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 59, n° 80.

[2430] J.P. Charleroi, 12 juillet 2017, *J.J.P.*, 2019, p. 94, spéc. p. 95.

commettant et par celle du mandataire. La confiance du commettant ne peut enchaîner celle de ses successeurs, pas plus qu'il ne peut être forcé lui-même à l'étendre aux héritiers du mandataire »[2431].

Cette opinion se retrouve chez d'autres auteurs quand la disparition d'une partie fait obstacle à l'exécution *matérielle* de ses obligations *intuitu personae*. Dans le deuxième tome de son *Traité*, H. De Page écrit ainsi que « la mort de l'une des parties n'est pas une cause de dissolution du contrat. Les obligations du défunt passent à ses héritiers. Il y a *toutefois* exception à cette règle lorsque le contrat est fait *intuitu personae*. Dans pareil cas, l'exécution du contrat est en rapport si étroit avec la personne choisie, que sa mort empêche la continuation »[2432] ; de même, selon F. Valleur, il convient d'admettre que « Dans tous ces cas, le lien juridique créé en contemplation d'une personne déterminée était attaché à cette personne. La mort de cette personne rendait désormais l'exécution du lien impossible telle qu'elle avait été prévue par le contrat »[2433].

Enfin, la commission de réforme du droit des obligations a fait allusion à la dissolution par l'impossibilité d'exécution au décès d'une personne physique. Selon la proposition de réforme, l'article 5.115 « ne fait *pas de la mort de la partie en considération de laquelle un contrat* intuitu personae *a été conclu une cause automatique d'extinction du contrat*. En effet, la doctrine a montré à quel point les contrats *intuitu personae* peuvent concerner des hypothèses extrêmement variables en pratique, de sorte que l'adoption d'une règle rigide a semblé inappropriée. Toutefois, ces situations pourront être abordées au travers d'autres dispositions de la proposition, à savoir en particulier *l'impossibilité d'exécution* lorsque la personne du débiteur est intimement liée à la prestation à effectuer (article 5.103) ou la condition résolutoire tacite (article 5.216) »[2434].

B. Réflexions sur la transmission de plein droit des contrats *intuitu personae* par les opérations de restructuration de sociétés

395. Une transmission automatique tempérée par l'impossibilité d'exécution. – À notre sens, comme certains le suggèrent, la transmission de plein droit d'une convention *intuitu personae* peut recevoir exception lorsqu'une opération de restructuration la rend impossible à exécuter[2435]. Il est donc utile d'opter pour une approche plus concrète de la dissolution du contrat dans ce cas.

Le législateur[2436] et la doctrine[2437] ont déjà posé les bases de cette idée dans le domaine de la fusion par absorption des sociétés. Nous l'emploierons donc comme modèle de référence.

[2431] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 257, n° 24.
[2432] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 732, n° 764. Dans le même sens : P. RIGAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 587, n° 800.
[2433] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 262, n° 99. Voy. en ce sens en droit belge : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 827, n° 638. Voy. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 292, n° 519 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 342, n° 497 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 119, n° 122.
[2434] Nous soulignons. Voy. *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2019, n° 3709/001, pp. 132-133.
[2435] M. WAUTERS, « De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak », obs. sous Gand 25 janvier 2001, *T.R.V.*, 2004, p. 249, n° 8.
[2436] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, pp. 15-22.
[2437] F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 1191-1231 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 195-201, nos 25-31 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd.

Dans ce cadre, le législateur suggère de recourir à *la résolution* judiciaire du contrat *intuitu personae* lorsque la fusion par absorption provoque l'inexécution des obligations de la société absorbée ou lorsqu'elle les rend impossibles à exécuter. Lors d'une discussion intervenue en commission de la Justice, le représentant du ministre de la Justice a indiqué « [qu'au] cas où par suite de la fusion *l'exécution d'une convention conclue par la société deviendrait impossible* ou serait contraire à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, l'article 1184 du même Code serait applicable. Il en résulte que pour ces sociétés la fusion ne constitue pas un cas de force majeure ; par conséquent si par suite de la fusion les sociétés se mettaient dans l'impossibilité d'exécuter une convention transférée par l'effet de la transmission universelle, par exemple en raison de l'existence dans le chef de la société absorbante d'une autre convention incompatible avec la première, la résolution du contrat pourrait être selon le droit commun demandée en justice »[2438].

Certains auteurs appréhendent l'impossibilité d'exécution de la convention par la théorie de la *caducité*[2439]. Pour Th. Tilquin, il est vrai que « [l'on] ne peut toutefois exclure la théorie de la caducité par disparition de la cause dans des cas de bouleversement de l'organisation de l'entreprise à l'occasion d'une fusion ou d'une scission. Tel pourrait également être le cas si une fusion s'inscrivait à l'encontre d'une politique de diversification des risques du crédit du prêteur, pour autant bien sûr que ce mobile du prêteur soit entré dans le champ contractuel »[2440]. Dans le même sens, K. Geens écrit « [qu'il] n'y aura disparition de la cause que si la personne de la société dissoute n'est pas continuée par la société bénéficiaire dans le respect de la convention litigieuse. Ce serait notamment le cas quand l'organisation de l'entreprise dissoute qui était chargée de l'exécution de la convention n'est plus identifiable au sein de la société bénéficiaire »[2441].

396. Confirmation de l'approche concrète de la dissolution du contrat *intuitu personae* lors d'une fusion par le droit français. – Un aperçu du droit français confirme l'utilité d'opter pour une approche plus concrète de la dissolution des contrats *intuitu personae* lors d'une fusion[2442].

La Cour de cassation française a adopté l'approche opposée à celle retenue par la doctrine belge : la haute juridiction prescrit, en principe, l'intransmissibilité de la convention

---

du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 154-160, n^{os} 24-28 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 343-350, n^{os} 507-518 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 249-262.

[2438] Nous soulignons. Voy. : *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.

[2439] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 128, n° 119 ; D. MATRAY, « La protection des tiers », *Act. dr.*, 1995, p. 183, n° 36 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 199-201, n° 31 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 157-160, n° 28 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 345-346, n^{os} 513-514.

[2440] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 346, n° 514.

[2441] K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 159, n° 28.

[2442] Voy. not. sur cette question en droit français : P.-Y. BÉRARD, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *RTD. com.*, 2007, pp. 279-320 ; M. DUBERTRET, « L'*intuitus personae* dans les fusions », *Rev. sociétés*, 2006, pp. 721-760 ; D. HOVASSE, note sous Cass. fr. com. 13 décembre 2005, *J.C.P.*, G, 2006, II, 10103, pp. 1247-1248 ; N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », *L.P.A.*, 3 juin 2004, pp. 4 et suivantes ; A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Paris, Litec, 1998, pp. 193-203 ; A. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, pp. 175-176, n° 286.

intuitu personae lors d'une procédure de restructuration. Dans une décision du 3 juin 2008, la Cour a décidé que « le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce, qu'avec l'accord du franchisé »[2443]. La Cour a alors confirmé ses arrêts du 7 juin 2006 (contrat d'agence commerciale)[2444], du 13 décembre 2005 (contrat de concession)[2445] ou encore du 30 mai 2000 (contrat de syndic)[2446].

Une partie de la doctrine française s'est interrogée sur cette approche et sur les conséquences qu'elle produit. Certains auteurs plaident alors explicitement pour une approche plus concrète des effets de l'*intuitus personae* dans les fusions. Selon A. Viandier, « Pour ces contrats, la réponse ne saurait procéder de la seule observation de la qualification : tel contrat réputé conclu *intuitu personae* ne survivrait pas à la fusion, tel autre n'appartenant pas à cette catégorie survivrait à la fusion. En effet, comme on l'a observé, la classe des contrats conclus en considération de la personne n'est pas figée et on serait bien en peine d'établir un inventaire précis. *Aussi bien, la seule approche est-elle une approche "in concreto", en observant les conséquences du bouleversement qu'apporte la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif* : ce bouleversement entrait-il dans les prévisions des parties, rompt-il l'équilibre contractuel, met-il en cause les intérêts légitimes du cocontractant ? C'est la réponse à ces questions qui doit permettre de décider du sort des contrats considérés »[2447]. Dans cette logique, D. Hovasse confirme que « l'*intuitus personae* ne peut s'appliquer qu'à des qualités concrètes, tenant à la personnalité des dirigeants ou des contrôlaires, ou s'agissant d'une société, par exemple, de sa situation concurrentielle. Or une fusion n'emporte pas nécessairement un changement de contrôlaires ou de dirigeants. Le cocontractant d'une société pourrait craindre que la fusion se traduise par l'irruption d'un concurrent mais cette conséquence n'est ni le propre ni le commun d'une fusion. *En d'autres termes, l'*intuitus personae *ne saurait résulter de considérations générales mais doit s'appuyer sur des éléments concrets* »[2448].

Enfin, dans le sillage de l'approche concrète, N. Perreau et C. Ackermann concluent que « lorsqu'une société veut réaliser une opération d'apport partiel ou une fusion [il faut] qu'elle prenne bien soin : d'identifier les contrats *intuitu personae* ; de cerner le caractère unilatéral ou bilatéral de celui-ci ; d'adresser à son cocontractant, lorsque l'*intuitu personae* concerne la partie cédante, un courrier démontrant précisément que les qualités de la partie cédante ayant justifié la conclusion d'un contrat *intuitu personae* se retrouveront inchangées chez le cessionnaire »[2449].

[2443] Cass. fr. com., 3 juin 2008, *D.*, 2008, p. 1623, note A. LIENHARD, *J.C.P.*, E, 2008, 2210, note H. HOVASSE, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10154, note C. MARÉCHAL, *RTD. Civ.*, 2008, p. 478, note B. FAGES.

[2444] Cass. fr. com., 7 juin 2006, *D.*, 2006, p. 1685, note A. LIENHARD, *J.C.P.*, E, 2294, note H. HOVASSE, *RTD. Civ.*, 2006, p. 764, note J. MESTRE et B. FAGES.

[2445] Cass. fr. com., 13 décembre 2005, *D.*, 2006, p. 149, note A. LIENHARD, *J.C.P.*, G, 2006, II, 10103, note note H. HOVASSE, *RTD. Civ.*, 2006, p. 310, note J. MESTRE et B. FAGES.

[2446] Cass. fr. com., 30 mai 2000, *J.C.P.*, E, 2000, 1479, note. A. VIANDIER, *RTD. Civ.*, 2000, p. 858, note P.-Y. GAUTIER.

[2447] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Paris, Litec, 1998, p. 203, n^{os} 35-36.

[2448] Nous soulignons. Voy. à ce sujet : D. HOVASSE, note sous Cass. fr. com. 13 décembre 2005, *J.C.P.*, G, 2006, II, 10103, p. 1248.

[2449] N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », *L.P.A.*, 3 juin 2004, n° II. B.

§4. – Conclusion intermédiaire

397. Base : dissolution ou transmission de plein droit du contrat *intuitu personae* lors de la transmission universelle ou à titre universel d'un patrimoine. – L'article 1122 du Code civil constitue le fondement de la transmission universelle ou à titre universel des contrats en droit belge.

Cette disposition prévoit la continuation de la personne du défunt par ses ayants cause universels ou à titre universel. Ces derniers recueillent l'ensemble du patrimoine de leur auteur et, de ce fait, ils deviennent parties aux contrats qu'il a conclus. En outre, s'agissant des personnes morales, les articles 12:13 et 12:96 du Code des sociétés et des associations prescrivent la transmission universelle ou à titre universel de leur patrimoine lors d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'universalité ou de branche d'activité. Partant, la société absorbante ou bénéficiaire devient partie aux contrats conclus par la société absorbée ou apporteuse (*supra*, n^os^ 385-388).

Les effets de la considération de la personne varient en fonction de l'opération de transmission universelle visée. Pour le décès des personnes physiques, il est classiquement admis que les contrats *intuitu personae* forment une exception à l'article 1122 du Code civil : leur nature particulière leur confère un caractère intransmissible. Toutefois, selon d'aucuns, ce caractère ne représente pas un obstacle à la transmission d'un contrat en présence d'une opération de fusion, de scission, d'apport d'universalité ou de branche d'activité : lors de l'élaboration de la loi du 29 juin 1993, le législateur a décidé que le silence des troisième et sixième directives fusion signifiait qu'il n'y avait pas lieu d'excepter ces conventions de la transmission de patrimoine ; admettre la solution inverse reviendrait même à ruiner l'efficacité économique de ces opérations (*supra*, n^os^ 390-391).

398. Axes d'amélioration : deux approches tempérées par l'impossibilité d'exécution. – Nous avons essayé de nuancer la place classiquement attribuée à l'*intuitus personae* dans le cadre de la transmission universelle de patrimoine des personnes physiques et des personnes morales.

Si ces deux approches se vérifient en pratique, elles connaissent des axes d'amélioration.

Tout d'abord, la Cour de cassation n'a pas reconnu l'existence d'un principe général du droit, selon lequel un contrat *intuitu personae* prendrait fin de plein droit au décès de l'une des parties. L'approche classique pourrait donc gagner en souplesse. Le législateur ne fonde d'ailleurs pas toujours la dissolution de plein droit d'un contrat sur des raisons liées à l'*intuitus personae* : ce principe repose parfois, par exemple, sur la volonté de *protéger la liberté des héritiers* du défunt, sur des considérations de *politique juridique* ou encore sur des raisons *d'équité*. En réalité, lorsque la dissolution de plein droit résulte de l'*intuitus personae*, elle se limite aux hypothèses où la mort d'un cocontractant rend ses droits ou ses obligations impossibles à exécuter (*supra*, n^os^ 393-394).

La transmission du patrimoine des personnes morales n'emporte pas toujours la transmission de toutes les conventions *intuitu personae*. Il existe des exceptions. Une partie de la doctrine pense effectivement qu'une opération de restructuration peut bouleverser l'organisation de la société absorbée ou absorbante au point de rendre ses droits ou ses obligations impossibles à exécuter : il arrive que ces deux sociétés n'arrivent plus à exécuter leurs obligations conformément aux prévisions initiales des parties à la suite d'une procédure de restructuration. Dans ce cas de figure, la convention *intuitu personae* peut alors s'éteindre sur la base du principe de la caducité par disparition de l'objet ou de la cause ; de même, selon certains auteurs, le contrat peut faire l'objet d'une demande de résolution lorsque l'opération entraine une inexécution grave. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine française opte pour une approche concrète de la dissolution du contrat *intuitu personae* dans le domaine de la fusion par absorption (*supra*, n^os^ 395-396).

399. Proposition : approche concrète de la dissolution du contrat *intuitu personae* lors de la transmission universelle de patrimoine. – Selon nous, compte tenu de ces réflexions, il faut adopter une approche concrète de la dissolution des contrats *intuitu personae* lors de transmission de patrimoine d'une personne physique ou d'une personne morale. Dans ce cadre, la dissolution dépend *in concreto* de l'existence d'une impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution.

Au sein d'une deuxième section, nous étudierons la dissolution des conventions *intuitu personae* en cas de décès d'une personne physique. Nous examinerons d'abord les dispositions légales spécifiques qui consacrent la dissolution de plein droit à cette occasion. Ensuite, en l'absence de dispositions légales spécifiques, nous déterminerons les fondements qui justifient la dissolution du contrat *intuitu personae* dès lors que le décès implique une impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution des droits ou des obligations : nous verrons que certains auteurs considèrent l'article 1122 du Code civil comme une application de la force majeure, de la caducité par la disparition de l'objet ou même de la caducité par la perte de la cause (*infra*, n^{os} 400-425).

Enfin, dans une troisième section, nous nous pencherons sur la dissolution du contrat *intuitu personae* en présence d'une procédure de restructuration de société. La fusion par absorption nous servira de modèle de référence, étant donné que cette opération constitue la base des règles applicables à la scission, l'apport d'universalité ou de branche d'activité. Nous montrerons ainsi qu'il convient d'avoir recours à la caducité par disparition de l'objet ou de la cause pour appréhender les situations où la fusion par absorption crée une impossibilité d'exécution ; le rapport avec la résolution judiciaire ou par déclaration peut alors poser question (*infra*, n^{os} 426-440).

Section 2. Le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* par le décès d'une personne physique

400. Plan. – Dans cette seconde section, nous aurons égard aux dispositions qui consacrent la dissolution de plein droit du contrat au décès d'une partie (**§1er**). Ensuite, nous examinerons les fondements qui justifient la dissolution des droits et obligations d'un cocontractant *intuitu personae* lorsque sa mort entraine une impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution (**§2**).

§1er. – Dissolution du contrat intuitu personae en présence d'une disposition légale spécifique

401. Panorama des dispositions légales et de leurs dérogations conventionnelles. – Lors d'un premier point, nous donnerons un panorama des dispositions légales qui prévoient la dissolution de plein droit du contrat au décès d'une partie (**A**). Nous exposerons aussi les clauses de continuation dans le contrat d'entreprise, de mandat et de société au sein d'un deuxième point (**B**).

A. Panorama des dispositions légales spécifiques

402. Articles 100 et 101 de la loi du 4 avril 2014. – Les articles 100 et 101 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances reproduisent les principes de l'article 1122 du Code civil[2450].

En effet, l'article 100, alinéa 1er, consacre le principe de la transmission du contrat, en précisant « [qu'en] cas de transmission, à la suite du décès du preneur d'assurance, de l'intérêt assuré, les droits et obligations nés du contrat d'assurance sont transmis au nouveau titulaire de cet intérêt ». L'article 101 prévoit l'exception : « Par dérogation à l'article 100, le contrat qui a été conclu en considération de la personne de l'assuré prend fin de plein droit au décès de celui-ci ».

L'article 101 concerne les assurances de dommage à caractère indemnitaire[2451]. Dans ces contrats, les qualités du preneur peuvent déterminer le risque couvert et donc les modalités comme le montant de la prestation de l'assureur à laquelle l'assuré a droit. Les assurances de responsabilité professionnelle passées avec les titulaires de professions libérales illustrent cette idée ; de même, selon certains, l'assurance-crédit s'inscrit dans cette logique[2452]. En revanche, l'article 101 ne s'applique pas aux assurances de personnes à caractère indemnitaire ou forfaitaire pour lesquelles la mort du preneur représente le risque couvert. S'agissant de l'assurance-vie, M. Fontaine écrit ainsi que « le décès de l'assuré est souvent en soi le risque ou l'un des risques couverts (assurance sur la vie couvrant le risque de décès, assurance contre les accidents), ou au contraire l'événement qui écarte définitivement toute possibilité de réalisation du risque (assurance en cas de vie) »[2453].

403. Articles 32 et 33 de la loi du 3 juillet 1978. – Aux termes de l'article 32, 4°, de la loi du 3 juillet 1978, le législateur indique qu'un contrat de travail prend fin par « la mort du travailleur ».

[2450] Voy. not. : M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, nos 481-482 ; L. SCHUERMANS et C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, 3e éd., Anvers, Cambridge – Intersentia, 2015, pp. 846-847, nos 1097-1098.

[2451] M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482.

[2452] P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, p. 6 ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482.

[2453] M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482, spéc. note 1332.

La doctrine pense généralement que cette disposition s'explique par la nature *intuitu personae* de la convention de travail[2454]. Selon M. Jamoulle, « c'est là une solution conforme au principe selon lequel l'employeur a nécessairement contracté *intuitu personae* : l'article 1122 du Code civil *in fine* trouve à s'appliquer »[2455]. Toutefois, à notre sens, le législateur belge a pensé l'article 32, 4°, avec la volonté de protéger la liberté individuelle des héritiers du travailleur décédé, de sorte qu'il a consacré le principe de l'intransmissibilité de la dette de travail[2456] (*supra*, n° 393).

Ensuite, il apparait que l'article 33 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit que « la mort de l'employeur ne met pas fin au contrat », sauf « lorsqu'elle entraîne la cessation de l'activité pour laquelle le travailleur avait été engagé ou lorsque le contrat avait été conclu en vue d'une collaboration personnelle ». Cette disposition rappelle les principes figurant à l'article 1122 du Code civil[2457]. Dans ce contexte, une relation personnelle existe entre l'employeur et l'employé quand la relation de travail se fonde sur un haut degré de confiance : il en va ainsi, par exemple, dès lors qu'un employeur et son secrétaire privé collaborent étroitement tous les jours[2458].

404. Article 1795 du Code civil. – Selon le libellé de l'article 1795 du Code civil, « Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur ».

Cette disposition concerne tous les contrats d'entreprise peu importe leur objet[2459]. Si les travaux préparatoires du Code civil montrent qu'elle s'explique en partie par l'*intuitus personae*, elle repose également sur des motifs liés à la volonté de protéger la liberté des héritiers de l'entrepreneur. Dans maintes situations, ces derniers ne disposent effectivement pas des qualités requises pour exécuter les obligations de leur auteur[2460]. C'est pour cette raison que A. Van Oevelen

---

[2454] W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social – Droit du travail. 2018-2019*, Liège, Kluwer, 2018, p. 2540, n° 4540 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1986, p. 393, n° 346.

[2455] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1986, p. 393, n° 346.

[2456] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1897-1898, n° 76, p. 48. Cons. not. sur cette explication en droit français : M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 122, n° 125 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 28, n° 11.

[2457] W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social – Droit du travail. 2018-2019*, Liège, Kluwer, 2018, p. 2540, n° 4540 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1986, p. 393, n° 346.

[2458] Trib. Trav. Bruxelles, 25 juin 1986, *Chron. D.-S.*, 1987, p. 54. Voy. en doctrine : W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 712.

[2459] A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, pp. 387-388, n° 304 ; M.-A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 197, n° 295.

[2460] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, pp. 366-368, n° 22. Voy. not. en ce sens : A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 387, n° 304 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 767, n° 311 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 394, n° 437 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 116, n° 123. Comp. avec H. De Page et R. Dekkers pour qui l'article 1795 s'explique uniquement par l'*intuitus personae* : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 1058, n° 912.

écrit que « *De erfgenamen van de overleden aannemer kunnen niet verplicht worden om het werk van hun rechtsvoorganger voort te zetten, ook niet wanner zij hetzelfde beroep uitoefenen* »[2461].

En outre, certains estiment que l'article 1795 du Code civil s'applique au décès d'un dirigeant d'entreprise choisi *intuitu personae* lorsque la personne morale a souscrit le contrat[2462]. Par une décision du 29 novembre 2013, relative à la mort d'un architecte – M. De Bruyn – exerçant en société, le Tribunal de première instance de Bruxelles a décidé que « *de overeenkomst werd gesloten in aanmerking van de heer De Bruyn, zodat zij door het overlijden van de heer de Bruyn van rechtswege werd ontboden in toepassing van artikel 1795 van het Burgerlijk wetboek* »[2463]. Nous ne souscrivons pas à cette opinion : l'entrepreneur – c'est-à-dire la personne morale – ne disparait pas à la mort de son dirigeant, qu'il justifie ou non l'*intuitus personae*[2464]. Selon nous, la dissolution se conçoit quand ce décès implique concrètement une impossibilité d'exécution, c'est-à-dire par application de la caducité par disparition de l'objet ou de la cause[2465] (*infra*, n° 423).

405. Article 1879 du Code civil. – Conformément au prescrit de l'article 1879 du Code civil, « Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée ».

Selon les rédacteurs du Code civil, il apparait que cette disposition « n'est qu'une application formelle de l'article 22 de la loi sur les contrats (1122 du Code civil) »[2466]. Une partie de la doctrine a critiqué ce point de vue. En effet, comme H. De Page et R. Dekkers le soulignent, « Etant essentiellement gratuit, et s'analysant comme un service rendu, il semble que le caractère *intuitu personae* devrait dominer. On ne prête ses objets qu'à bon escient »[2467]. Dans cette logique, la dissolution de plein droit du commodat devrait constituer la règle et non l'exception[2468].

Toutefois, dans les faits, il est vrai que la personne de l'emprunteur ne colore pas toujours son droit d'utiliser la chose prêtée. R.-T. Troplong illustre cette idée par ces mots : « Paul prête une pièce de bois à Pierre pour soutenir son édifice qui menace ruine et qu'il va faire réparer ; si Pierre

---

[2461] A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 387, n° 304.

[2462] Voy. not. : Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *R&J*, 2015, p. 7 ; Liège, 19 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 53. Voy. en doctrine *:* B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 769, n° 311.

[2463] Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *R&J*, 2015, p. 7, spéc. p. 10.

[2464] Voy. not. dans un sens similaire : A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 388, n° 305 ; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 625, n° 740 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1155, n° 1228.

[2465] Voy. dans un sens proche : W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1155, n° 1228.

[2466] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 57, n° 4.

[2467] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119. Voy. dans le même sens : R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, pp. 15-16, n° 43.

[2468] M. CLAVIE, « Le prêt », in *Les contrats spéciaux*, coll. « C.U.P. », vol. 34, Liège, Formation permanente de la C.U.P., 1999, p. 89, n° 19, spéc. note 60 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119 ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, pp. 15-16, n° 43.

meurt avant la fin des travaux de réparation, Paul ne sera pas fondé à se prévaloir de cette circonstance pour obliger l'héritier du défunt à lui rendre prématurément la chose prêtée »[2469].

406. Article 2003 du Code civil. – L'article 2003 du Code civil prévoit la fin du mandat « Par la mort ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ». Pour la doctrine, la dissolution de la convention de mandat ne repose pas sur les mêmes fondements dans le chef des deux parties.

Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, l'*intuitus personae* constitue la raison d'être de la dissolution automatique tant pour la mort du mandataire que pour celle du mandant : ainsi le conseiller Tarrible écrivait-il, à ce sujet, que « La confiance se concentre tout entière dans les personnes qui se la donnent ; elle doit nécessairement s'éteindre avec elles : ainsi, le mandat finit par la mort du commettant et par celle du mandataire. La confiance du commettant ne peut enchaîner celle de ses successeurs, pas plus qu'il ne peut être forcé lui-même à l'étendre aux héritiers du mandataire »[2470]. La doctrine rejoint cette analyse pour la mort du mandataire[2471].

En revanche, s'agissant du décès du mandant, certains auteurs pensent que la dissolution repose sur une autre logique. Pour H. De Page et R. Dekkers, « En réalité, le vrai motif pour lequel le mandat prend fin par la mort du mandant est que celui-ci peut avoir eu des raisons de se faire représenter, alors que ces raisons n'existent plus pour ces héritiers. D'autre part, la continuation d'un mandat (notamment d'un mandat englobant plusieurs actes, et a *fortiori* toute une gestion) postérieurement à la mort du mandant porterait atteinte au droit de libre disposition de biens qui appartiennent aux héritiers, et qu'eux seuls gèrent désormais comme ils l'entendent »[2472]. Cette idée se justifie principalement pour les mandats salariés où la personne du mandant importe peu[2473].

407. Article 4:16 du Code des sociétés et des associations. – Aux termes de l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations, la société prend fin « par la mort, l'incapacité, la liquidation, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés ». Cette disposition reprend le libellé de l'ancien article 39, 3°, du Code des sociétés, qui se fondait lui-même sur l'ancien article 1865 du Code civil.

Il convient de remarquer que l'article 1865 du Code civil constituait l'expression d'un caractère naturel du contrat de société : les rédacteurs du Code ont estimé que « la confiance personnelle est la base de ce contrat »[2474], de sorte que « la mort naturelle ou civile doit

---

[2469] R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, p. 16, n° 44.

[2470] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 257, n° 24.

[2471] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 323, n° 264. Voy. not. dans le même sens : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 745, n° 896 ; B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 411, n° 616 ; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, p. 149, n° 263 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 452-453, n° 457.

[2472] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 455, n° 460. Voy. not. dans le même sens : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 746, n° 898. Comp. avec l'opinion plus classique d'autres auteurs : B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 399, n° 603 ; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, p. 151, n° 270.

[2473] P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, pp. 301-302. Voy. dans un sens similaire : P.A. FORIERS, « Louage d'ouvrage – Dépôt – Mandat », *J.T.*, 2004, p. 321, n° 11.

[2474] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 524, n° 20.

nécessairement dissoudre un contrat avant tout formé entre les personnes »[2475]. Une majorité de la doctrine souscrit encore à cette analyse[2476]. Par exemple, M. Lemal enseigne que « Dans ces sociétés [*i.e.* de personnes], la confiance dans la personne des associés est prédominante et dès lors, en vertu de l'article 39, 3° et 4°, la société sera dissoute de plein droit en cas de survenance d'événements graves affectant l'un des associés : décès, interdiction, déconfiture ou faillite »[2477].

L'actuel article 4:16 du Code des sociétés et des associations concerne plusieurs sociétés de personnes personnalisées ou non personnalisées. Cette disposition s'applique au premier chef à la société simple, qui regroupe l'ancienne société interne, l'ancienne association momentanée et l'ancienne société de droit commun[2478]. La société simple n'a pas la personnalité juridique[2479]. En outre, s'agissant de la dissolution de la société en commandite et en nom collectif, l'article 4:23 du Code des sociétés et des associations renvoie au régime prévu par son article 4:16 : le décès de l'un des associés entraine la dissolution de plein droit du contrat de société dans les deux cas[2480].

Toutefois, malgré son caractère *intuitu personae*[2481], le décès de l'un des coopérateurs ne met pas fin de plein droit à la société coopérative. En effet, l'article 6:121 du Code des sociétés et des associations prévoit que « Sauf disposition statutaire contraire, en cas de décès, de faillite, de déconfiture, de liquidation ou d'interdiction d'un actionnaire, celui-ci est réputé démissionnaire de plein droit à cette date. L'actionnaire ou selon le cas, ses héritiers, créanciers ou représentants recouvrent la valeur de sa part de retrait de la manière déterminée par l'article 6:120 ».

B. Clauses de continuation dans le contrat d'entreprise, de mandat et de société

408. Clauses de continuation avec les héritiers de l'entrepreneur. – L'article 1795 du Code civil ne revêt pas un caractère d'ordre public ni même impératif. De ce fait, les parties peuvent prévoir que les successeurs de l'entrepreneur devront exécuter les obligations de leur auteur[2482].

Une clause de continuation peut notamment énoncer que « la convention continuera avec les héritiers de l'entrepreneur ». Cependant, lorsque le contrat d'entreprise comporte l'*intuitus personae*, le maitre de l'ouvrage peut se réserver la possibilité d'agréer les héritiers du prestataire de services défunt : aussi une disposition contractuelle peut-elle prescrire, par exemple, que « Les

---

[2475] *Ibidem*, p. 516, n° 30. Voy. not. dans le même sens en doctrine : M. LEMAL, « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 784, n° 1894 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 41, n° 11.

[2476] Voy. not. sous le régime de l'article 39, 3°, du Code des sociétés : C. JASSOGNE, « La société interne », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 1, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 123, n° 135 ; D.-B. FLOOR, « La société momentanée », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 200-201, n° 146 ; F. MAGNUS, « La société de droit commun », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/1, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 130, n° 201 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 41, n° 11.

[2477] M. LEMAL, « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 784, n° 1894.

[2478] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3119/001, p. 10 et pp. 19-20.

[2479] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3119/001, p. 19.

[2480] Voy. sous l'empire du Code des sociétés : M. LEMAL, « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 784, n° 1895.

[2481] D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, p. 800, n° 1468.

[2482] B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 769-770, n° 311 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 1058, n° 912 ; A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 239, n° 39.

héritiers de (B) poursuivront l'exécution du présent contrat sous réserve d'une possible résiliation prise par (A), par décision motivée de la non-compétence du successeur »[2483].

De surcroit, une clause de continuation ne peut pas porter atteinte au droit de résiliation reconnu à certains clients de titulaires de profession libérale. Le contrat conclu entre un avocat et son client illustre ce propos. Dans une décision du 17 février 2011, la Cour de cassation a décidé que « La confiance est le fondement nécessaire de la convention conclue entre un avocat et son client. Celui-ci peut, dès lors, mettre fin à la convention à tout moment et sans indemnité pour les profits escomptés des services futurs, sous réserve de l'abus de droit et du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. *Cette faculté ressortit à la liberté du choix de l'avocat, c'est-à-dire de l'exercice des droits de la défense* »[2484]. À notre sens, le client reste libre de résilier le contrat au décès du prestataire de services en dépit de la clause de continuation. L'article 6 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient consacre un droit équivalent : ce dernier possède un caractère impératif, dans la mesure où il relève du libre choix du praticien par le patient[2485].

409. Clauses de continuation avec les héritiers du mandataire. – L'article 2003 du Code civil n'est ni d'ordre public ni impératif et, de la sorte, il peut faire l'objet de clauses de continuation[2486].

1° Une clause de continuation avec les ayants cause du mandataire revêt parfois une forme expresse : ainsi le contrat peut-il préciser que les héritiers poursuivront le mandat à la suite de leur auteur[2487] ; de même, afin de protéger les intérêts du mandant, les cocontractants peuvent insérer une clause de présentation des héritiers du mandataire[2488]. Si le mandat requiert des compétences particulières, les parties peuvent aussi prévoir une clause d'agrément au profit du mandant[2489].

2° Il arrive également qu'une clause de continuation ait un caractère tacite[2490].

[2483] P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, p. 556, n° 889. Voy. dans le même sens : P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 463, n° 1203.

[2484] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : Cass., 17 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 577.

[2485] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2003, n° 1642/001, p. 19.

[2486] Cass., 23 mars 1860, *Pas.*, 1860, I, p. 211. En doctrine : B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 414, n° 619 ; P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 325, n° 267 ; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, pp. 149-150, n° 266 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 453, n° 458. Voy. en droit français : R. DE QUENAUDON, « La fin du contrat de mandat », in *Juris-Classeur. Code civil, Art. 1915 à 1920. App. 2011 à 2043*, Fasc. 60, 2002, p. 22, n° 88 ; J.-P. DOUCET, « Les effets de la mort sur le mandat », *Gaz. Pal.*, 1963, 2, Doctr., pp. 28-29.

[2487] *Ibidem*.

[2488] R. DE QUENAUDON, « La fin du contrat de mandat », in *Juris-Classeur. Code civil, Art. 1915 à 1920. App. 2011 à 2043*, Fasc. 60, 2002, p. 22, n° 88.

[2489] Voy. pour des illustrations de clauses dans le contrat d'entreprise. Ces dernières paraissent transposables à la continuation du mandat avec les héritiers : P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, p. 556, n° 889 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 463, n° 1203.

[2490] B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 414, n° 620 ; P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 298-299, n° 267 ; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, pp. 149-150, n° 266 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 453, n° 458. Cons. not. en droit français : J.-P. DOUCET, « Les effets de la mort sur le mandat », *Gaz. Pal.*, 1963, 2, Doctr., pp. 28-29.

Une telle volonté s'induit des termes de l'acte, tels que précisés par l'objet des obligations et le but poursuivi par les parties[2491]. L'examen de leur comportement permet parfois de cerner les contours de leur volonté. Selon R. Quenaudon, « L'on admet que le mandat peut continuer tacitement après le décès du mandataire, si, alors que cette mort a été portée à la connaissance du mandant, les héritiers du mandataire continuent l'exécution du mandat au vu et au su du mandant »[2492]. Dans le sillage de cette idée, une veuve et son fils ont pu continuer tacitement les obligations du mandataire décédé – un agent vendeur de rhum –, parce que le mandant y avait consenti en les nommant comme exécutants des obligations du défunt dans sa correspondance[2493].

Selon nous, une dérogation tacite à l'article 2003 du Code civil se conçoit aussi quand le contrat est conclu dans l'intérêt d'un tiers[2494]. Tel est souvent le cas pour les mandats professionnels. B. Tilleman écrit ainsi, à ce sujet, « [qu'il] paraît équitable de considérer que le mandat donné à un notaire pour remettre une somme d'argent à un créancier après la réalisation ou non d'une condition donnée ne devient pas caduc en raison de la mort du notaire. Ce mandat sera normalement poursuivi par son successeur. On peut d'ailleurs admettre que les parties aient accordé plus d'importance à la fonction qu'à la personne du mandataire »[2495]. Il nous semble que le mandat d'intérêt commun suit aussi cette solution, puisque cette convention constitue une véritable valeur dans le patrimoine du mandataire. De la sorte, ses héritiers ont un intérêt à le poursuivre, sauf si le mandant démontre qu'ils n'ont pas les compétences nécessaires à cet effet[2496].

410. Clauses de continuation avec les héritiers de l'associé d'un contrat de société. – Par dérogation à l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations, l'article 4:18, §1er, précise qu'une clause peut prévoir la poursuite du contrat de société au décès d'un associé. Si cette disposition reprend le principe de l'article 42 du Code des sociétés, elle en étoffe le contenu[2497].

1° Trois clauses de continuation différentes ressortent de la lecture de l'article 4:18, §1er.

La continuation du contrat de société peut avoir lieu avec *tous les héritiers ou légataires* de l'associé. Dans ce cadre, l'article 4:18, §2, alinéa 1er, prévoit que « les héritiers ou légataires exercent tous les droits de l'associé décédé proportionnellement à leurs droits dans la succession de celui-ci et sont tenus de respecter dans la même proportion tous les engagements de l'associé décédé ». L'article 4:18, §2, alinéa 3, reconnait aussi que les associés peuvent prévoir l'agrément des héritiers du défunt, selon les modalités prévues dans la convention et dans un délai de trois mois à compter du décès ; à défaut, cette disposition présume le refus d'agrément des héritiers.

[2491] Civ. Arlon, 5 juin 1890, *Pand. Pér.*, 1891, p. 485.

[2492] R. DE QUENAUDON, « La fin du contrat de mandat », in *Juris-Classeur. Code civil, Art. 1915 à 1920. App. 2011 à 2043*, Fasc. 60, 2002, p. 23, n° 89.

[2493] Amiens, 15 décembre 1960, *Gaz. Pal.*, 1961, 1, p. 198. Voy. dans un sens similaire en doctrine : P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 325, n° 267. Dans cette situation, une autre partie de la doctrine voit la conclusion d'un nouveau mandat en toute hypothèse : C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, p. 150, n° 266 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 453, n° 458.

[2494] Voy. not. : B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 414, n° 620 ; P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 325, n° 267.

[2495] B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 414, n° 620.

[2496] J.-P. DOUCET, « Les effets de la mort sur le mandat », *Gaz. Pal.*, 1963, 2, Doctr., p. 30. Comp. avec : Cass. fr. com., 12 juin 1967, *J.C.P.*, G, 1968, II, 15389, note P.L. ; Paris, 9 décembre 1963, *D.*, 1964, somm., p. 71.

[2497] Voy. en détail sur l'ancien article 42 du Code des sociétés : V. SIMONART et Th. TILQUIN, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 243-270, nos 1546-1579.

Il arrive également qu'une clause limite le bénéfice de la continuation à *certains héritiers ou légataires*. Dans ce cas, plusieurs auteurs pensent qu'il existe un pacte sur succession future entre les héritiers de l'associé défunt[2498]. Toutefois, à l'inverse, une autre partie de la doctrine estime que l'article 4:18 constitue une exception à l'interdiction de conclure de tels pactes[2499]. À l'heure actuelle, la question nous parait théorique : même si les héritiers présomptifs disposent de droits éventuels dans la succession du fait de la clause de continuation[2500], cette dernière n'entre effectivement pas dans la liste des pactes interdits par l'article 1100/1 du Code civil[2501].

Enfin, s'il y a au moins trois associés[2502], une clause peut prévoir que le contrat continuera entre les *associés restants*. Dans cette situation, l'article 4:18, §3, indique que « les héritiers et légataires de l'associé décédé ont uniquement droit à la valeur de la part de l'associé dans la société au moment de son décès, sans participer à l'augmentation ultérieure du patrimoine de la société, à moins que celle-ci soit une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant le décès de leur de cujus ». Les héritiers ne peuvent donc pas réclamer la dissolution de la société pour de justes motifs[2503].

2° En pratique, une clause de continuation présente parfois un caractère tacite[2504].

Une telle clause résulte de l'interprétation du contrat de société, de l'examen de son objet, des relations des associés ou de l'objectif qu'ils poursuivent[2505]. Un arrêt de la Cour de cassation française illustre cette idée[2506]. Une copartageante décède et ses héritiers recueillent ses obligations. Les autres associés les assignent en justice afin de faire constater la dissolution de la société en participation. La Cour de cassation française a rejeté cette prétention. Tout d'abord, elle a rappelé que « la mort de l'un des associés ne met pas fin à la société lorsque l'acte constitutif a stipulé sa continuation entre les associés survivants ; qu'il doit en être de même, quoique la stipulation ne soit pas expresse, si la nature de la convention, le but et l'objet que se proposaient les associés excluent formellement que la mort de l'un d'eux doive avoir pour conséquence la dissolution de la société »[2507]. Dans ce cadre, ajoute la Cour, une association « grevée à son début de charges considérables […] ne pouvait donner le bénéfice espéré ni même échapper à sa ruine que si elle était continuée pendant la durée prévue à sa formation ; qu'ainsi la durée de l'exploitation était une condition essentielle du pacte social »[2508]. En conclusion, la Cour a décidé que « les héritiers de Camille Lombard l'avaient d'ailleurs entendu ainsi puisqu'après sa mort, survenue en 1896, ils

---

[2498] J. VERSTRAETE, « Pactes sur succession future », in *Rép. not.*, t. III, L. 2, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 78, n° 64 ; J. DU MONGH, « Vennootschapsclausules en erfrecht », in *Liber Amicorum Josef Van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, p. 732, n° 21 ; V. SIMONART et Th. TILQUIN, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 262, n° 1565.

[2499] D.-B. FLOOR, « La société momentanée », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 201, n° 146. Voy. not. en sens contraire : V. SIMONART et Th. TILQUIN, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 262, n° 1565.

[2500] D.-B. FLOOR, « La société momentanée », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 201, n° 146.

[2501] Voy. not. à cet égard : Ch. AUGHET, « Les pactes sur succession future », in *Libéralités et successions*, P. MOREAU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 189, Liège, Anthemis, 2019, pp. 311-318 ; V. ROSENAU, « Les pactes successoraux à l'aune de la réforme du droit successoral », *R.T.D.F.*, 2018, pp. 80-82, n^{os} 16-22.

[2502] Le contrat de société, ramené à un associé, se dissout de plein droit : M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés », in *Rép. not.*, t. XII, L. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 292, n° 484.

[2503] F. MAGNUS, « La société de droit commun », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/1, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 131, n° 204 ; V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, Créadif, 1990, p. 117, n° 228.

[2504] Comm. Dendermonde, 28 juin 2012, *D.A.O.R.*, 2014, p. 344, *T.R.V.*, 2013, p. 811, *T. Not.*, 2013, p. 58. Voy. en doctrine : V. SIMONART et Th. TILQUIN, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 245, n° 1548.

[2505] V. SIMONART et Th. TILQUIN, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 245, n° 1548.

[2506] Cass. fr. req., 23 octobre 1906, *D.P.*, 1907, 1, p. 43.

[2507] *Ibidem*, spéc. p. 44.

[2508] *Ibidem*. Voy. not. pour une affaire similaire : Bruxelles, 13 avril 1878, *Pas.*, 1878, II, p. 227.

avaient conclu entre eux un pacte d'indivision en vue du maintien de leur participation dans ladite société »[2509]. De ce fait, la Cour a approuvé la poursuite de la société au décès de la copartageante.

§2. – Dissolution du contrat intuitu personae en l'absence d'une disposition légale spécifique

411. Clauses et impossibilité d'exécution. – Il arrive que les cocontractants décident que le décès de l'un d'eux entrainera la dissolution de leur convention (**A**). À défaut d'une telle clause, nous verrons que l'article 1122 du Code civil justifie la dissolution de plein droit du contrat quand le décès d'une partie rend concrètement ses obligations ou ses droits impossibles à exécuter (**B**).

A. Dissolution du contrat *intuitu personae* en présence d'une clause contractuelle

412. Clauses de dissolution expresse pour cause de mort d'une partie. – En principe, rien ne s'oppose à ce que les parties indiquent que leur contrat prendra fin avec le décès de l'une d'elles ou de chacune d'elles[2510] : ainsi cette stipulation peut-elle préciser que « la convention est conclue *intuitu personae* dans le chef de "A" et elle prendra fin de plein droit au décès de cette partie ».

Toutefois, lorsque le contrat porte sur le paiement d'une somme d'argent, certains auteurs français pensent que les clauses de dissolution pour cause de mort posent deux difficultés[2511].

La clause de dissolution prévue dans le chef du débiteur peut d'abord entrainer une requalification de l'acte qui la contient en une libéralité faite à ses héritiers. Selon M. Grimaldi, « lorsqu'il s'agit d'une obligation de somme d'argent, plus de prudence s'impose. Stipuler son extinction au cas du décès du débiteur serait assurément licite, sauf que l'on pourrait y voir une libéralité adressée aux héritiers sous la forme d'une remise de dette »[2512]. Si cette opinion mérite l'approbation, il convient de relever *in concreto* un *animus donandi* dans le chef du créancier.

Dans cette perspective, M. Grimaldi pense également que « la clause prévoyant son extinction au cas de décès du créancier pourrait être annulée en vertu du principe de la prohibition des pactes sur succession future »[2513]. Cette crainte ne se conçoit pas en droit belge. Un pacte sur succession future implique qu'une personne attribue, modifie ou cède des droits purement éventuels avant son décès[2514]. Lorsque les parties prévoient la dissolution de l'obligation de remboursement au décès du créancier, le débiteur ne détient pas de droits éventuels dans la succession : il bénéficie effectivement de la somme d'argent avant le décès de son auteur, de sorte

---

[2509] *Ibidem*, spéc. p. 45.

[2510] K. ANDRIES, « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 333 et suivantes. Voy. en droit français : P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, pp. 553-554, n° 983 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 462, n° 1202.

[2511] M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 59, n° 81 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 462, n° 1202.

[2512] M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 59, n° 81.

[2513] *Ibidem*, pp. 59-60, n° 81.

[2514] V. ROSENAU, « Les pactes successoraux à l'aune de la réforme du droit successoral », *R.T.D.F.*, 2018, p. 71, n° 1. Voy. également sur la définition du pacte de succession future à la suite de la réforme du 31 juillet 2017 (*M.B.*, 1er septembre 2017) et du 22 juillet 2018 (*M.B.*, 27 juillet 2018) : Ch. AUGHET, « Les pactes sur succession future », in *Libéralités et successions*, P. MOREAU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 189, Liège, Anthemis, 2019, p. 307, n° 157.

qu'il peut en disposer comme il le désire. Dans cette logique, il nous semble qu'une telle cause ne crée pas de pacte sur succession future prohibé par l'article 1100/1 du Code civil[2515].

413. Clause de dissolution tacite pour cause de mort d'une partie. – Une clause de dissolution pour cause de mort peut avoir un caractère tacite et donc ressortir de l'interprétation de l'acte[2516].

Dans ce cas de figure, une partie de la doctrine française pense que le cocontractant visé par la clause constitue une *condition tacite* de l'engagement de l'autre partie[2517]. Dans un arrêt du 3 novembre 1988, concernant le décès d'une caution, la Cour de cassation française a confirmé que « la cessation des fonctions par un dirigeant social ne met pas fin aux obligations du cautionnement qu'il a contracté pour une durée indéterminée afin de garantir les dettes de la société, *dès lors qu'il n'a pas fait de l'exercice de ses fonctions une condition de son engagement* »[2518]. En droit belge, l'article 5.216 de la proposition de réforme du droit des obligations fait même allusion à la *condition résolutoire tacite*, en indiquant que « les obligations sont affectées d'une condition résolutoire tacite lorsqu'il résulte de manière certaine de l'intention des parties, eu égard à la nature et à la portée du contrat, que celui-ci doit prendre fin notamment : 1° en cas de décès, d'incapacité ou d'insolvabilité de la personne en considération de laquelle le contrat a été conclu […] »[2519].

La référence à la condition résolutoire pose trois difficultés.

Tout d'abord, dans la mesure où le décès d'une partie représente un événement futur et certain, la clause d'extinction pour cause de mort constitue un *terme* dans les contrats à durée indéterminée[2520]. La validité de cette modalité de l'obligation ne fait pas de doute, à moins que la loi réglemente la durée du contrat de façon impérative. Tel est notamment le cas du bail à ferme[2521].

Il est vrai que les cocontractants peuvent ériger la mort de l'un d'eux en une condition dès lors que leur contrat est conclu à durée déterminée : le décès constitue bien, dans ce cas, un

---

[2515] La donation à terme ou sous condition représente une libéralité dont l'effet s'exprime au décès du donateur. Bien que la question ait fait débat, il est admis qu'elle n'entre pas dans les pactes prohibés par le nouvel article 1100/1 du Code civil. Voy. : Ch. AUGHET, « Les pactes sur succession future », in *Libéralités et successions*, P. MOREAU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 189, Liège, Anthemis, 2019, p. 307, n° 157 ; V. ROSENAU, « Les pactes successoraux à l'aune de la réforme du droit successoral », *R.T.D.F.*, 2018, p. 76, n° 12 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme du droit civil des successions et des libéralités. Commentaire pratique de la loi du 31 juillet 2017*, p. 208, n° 157.

[2516] Voy. not. à propos de l'existence de la condition résolutoire tacite dans les contrats *intuitu personae* : S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijk analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, p. 168, n° 91 ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Propos sur l'article 29 de la loi sur le bail à ferme », in *Liber amicorum Fr. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 368-369, n° 9 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1155, n° 1228.

[2517] Voy. not. sur cette idée et sa critique : F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 161-162, n° 133 ; L. AYNÈS, obs. sous Cass. fr. com. 3 novembre 1988 et Cass. fr. com. 6 décembre 1988, *D.*, 1989, pp. 186-187 ; Ph. SIMLER, obs. sous Cass. fr. com. 16 février 1977, *J.C.P.*, G, 1979, 19154, n° I. B.

[2518] Nous soulignons. Voy. : Cass. fr. com. 3 novembre 1988 et Cass. fr. com. 6 décembre 1988, *D.*, 1989, p. 185.

[2519] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2019, n° 3709/001, p. 315.

[2520] L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Propos sur l'article 29 de la loi sur le bail à ferme », in *Liber amicorum Fr. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 367, n° 9 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 338, n° 639. En droit français : L. AYNÈS, obs. sous Cass. fr. com. 3 novembre 1988 et Cass. fr. com. 6 décembre 1988, *D.*, 1989, pp. 186-187 ; Ph. SIMLER, obs. sous Cass. fr. com. 16 février 1977, *J.C.P.*, G, 1979, 19154, n° I. B.

[2521] L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Propos sur l'article 29 de la loi sur le bail à ferme », in *Liber amicorum Fr. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 368, n° 9.

événement futur et incertain[2522]. Cependant, certains auteurs nuancent le sens qu'il faut attribuer à la notion de « condition » dans cette hypothèse : L. Simont et P.A. Foriers écrivent, à juste titre, que « la condition résolutoire du décès d'une partie ne saurait s'analyser en une condition au sens technique du terme, car elle participe à l'un des éléments essentiels du contrat et n'est donc pas à proprement parler extérieure aux obligations qu'il génère »[2523]. Ce raisonnement s'accorde avec la pensée de la Cour de cassation, pour qui la condition-modalité ne peut pas avoir trait aux éléments essentiels de l'acte[2524], dont les conditions de validité prévues à l'article 1108 du Code civil[2525].

En outre, la rétroactivité attachée à la condition résolutoire ne s'accorde généralement pas avec le but recherché *in concreto* par les parties. Dans cet ordre d'idées, Ph. Simler indique, à propos du décès de la caution, que l'on ne pourrait « justifier [la dissolution], sans artifice aucun, [par] l'existence d'une condition implicite. C'est la rétroactivité de la condition qui condamne cette qualification de la volonté des parties. Celles-ci ne peuvent pas avoir voulu un anéantissement rétroactif du cautionnement, mais seulement une limitation de la garantie dans le temps »[2526].

En conclusion, si la clause tacite d'extinction pour cause de mort représente une condition de l'engagement, nous pensons que cette condition obéit à un régime *sui generis* qui se distingue de celui des conditions résolutoires prévues par le Code civil[2527]. Cette stipulation témoigne du fait que le décès de l'un des cocontractants fait obstacle à l'exercice de ses droits ou à l'exécution de ses obligations : elle modalise donc, en quelque sorte, le régime de la caducité de l'acte. Dans un arrêt du 23 mai 1973, la Cour de cassation française a d'ailleurs déclaré « [qu'en] l'état d'une clause compromissoire par laquelle les parties s'engageaient à recourir, en cas de difficultés à l'arbitrage d'une personne déterminée, "en présence de laquelle avaient été discutés leurs accords", une Cour d'appel, interprétant souverainement ladite clause, a pu décider qu'elle avait été acceptée en considération de la personne de l'arbitre et *que le décès de celui-ci l'avait rendue caduque* »[2528].

[2522] Voy. not. sur le caractère incertain de la condition : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 342-343, n° 350 ; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Voorwaarde », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2014, p. 17, n° 18.

[2523] L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Propos sur l'article 29 de la loi sur le bail à ferme », in *Liber amicorum Fr. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 368-369, n° 9.

[2524] Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 644 ; Cass. 8 septembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1585 ; Cass., 22 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 755 ; Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 204 ; Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103.

[2525] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 345, n° 352 ; B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », Obs. sous Cass. 24 février 2011, *R.C.J.B.*, 2014, p. 22, n° 12 ; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Voowaarde », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2014, p. 17, n° 18 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 324, n° 163.

[2526] Ph. SIMLER, obs. sous Cass. fr. com. 16 février 1977, *J.C.P.*, G, 1979, 19154, n° I. B.

[2527] Voy., à cet égard, les réflexions du professeur S. Stijns, pour qui l'interdiction d'ériger un élément essentiel en condition-modalité se justifie surtout pour les conditions suspensives. De la sorte, selon cette auteure, les parties pourraient ériger un mobile déterminant en condition résolutoire de l'engagement, pour autant que la cause subjective valable ait existé au moment de la *formation de l'acte juridique* (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 114-115, n° 66).

[2528] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : Cass. fr. 2e civ., 23 mai 1973, *G.P.*, 1973, 2, pan. jur., p. 182.

B. Dissolution du contrat au décès de la partie *intuitu personae* en l'absence de clause

1) Fondements de la dissolution

414. Article 1122 du Code civil et impossibilité d'exécution. – L'article 1122 du Code civil prévoit que le décès d'une partie éteint de plein droit la convention qu'elle a conclue lorsque sa nature le justifie. Plusieurs auteurs belges[2529], français[2530] et les experts chargés de la réforme du droit des obligations[2531] limitent ce principe au cas où la mort du cocontractant *intuitu personae* implique concrètement l'impossibilité d'exécuter ses obligations ou d'exercer ses droits. Les fondements explicatifs qu'ils attribuent à cette disposition rendent compte de cette idée.

415. Référence à la caducité par disparition de l'objet. – Pour une partie des doctrines belge[2532] et française[2533], la dissolution de la convention *intuitu personae* s'explique par la disparition de l'objet des obligations principales du cocontractant qui vient à défunter.

1° Les écrits de plusieurs auteurs rendent compte de ces principes.

P.A. Foriers estime effectivement que « Dans certains cas, à vrai dire rares en pratique, la personnalité du débiteur est toutefois inséparable de l'objet même de l'obligation. Elle est ainsi en quelque sorte "réifiée". […] Dans cette mesure, on peut admettre que la mort ou l'incapacité du débiteur, qui emporte la fin du contrat aux termes d'un enseignement constant, se rattache à l'idée

---

[2529] Voy. not. : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 164-165, n° 16 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 396-397, n° 439 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 940, n° 1013 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, pp. 827-828, n° 639 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 32-33, nos 27-28 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 90-91, n° 46 ; P. RIGAUX, *L'architecte. Le droit de la profession*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 587, n° 800 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 732, n° 764.

[2530] Voy. not. : C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 171, n° 125 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 294, n° 522 ; A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 429, n° 468 ; F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, p. 165, n° 135 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 342, n° 497 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 144-145, n° 158 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 262, n° 568.

[2531] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2019, n° 3709/001, pp. 132-133.

[2532] Voy. not. : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164, n° 16 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 32-33, nos 27-28 ; Ph. MARCHANDISE, « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives – Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991, p. 153.

[2533] P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, pp. 553-554, n° 983 ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 169, n° 123 ; A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 429, n° 468 ; F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 155-165, n° 127 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p.294, n° 522 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 342, n° 497.

de perte matérielle – ou le cas échéant juridique – de l'objet du contrat. On observera en tout état de cause que ce dernier sera devenu impossible à exécuter, faute d'exécutant […] »[2534].

Selon R. Jafferali, la perte de l'objet explique « le sort des contrats conclus en considération de la personne du débiteur en cas de décès, faillite ou d'incapacité de celui-ci. À cet égard, lorsque la personne du débiteur est véritablement intégrée à l'objet (« réifiée »), l'impossibilité dans laquelle se trouve ce débiteur d'exécuter personnellement l'obligation entraîne alors la caducité de celle-ci. En effet, même si la prestation pourrait théoriquement être encore fournie par un tiers, celle-ci ne serait pas la prestation promise telle que les parties se la sont représentée »[2535].

2° Afin de cerner la portée de ces propos, nous rappellerons les bases de la caducité par disparition de l'objet dégagées dans le chapitre dédié à la rupture de la confiance (*supra*, n° 319).

La Cour de cassation a érigé la caducité par disparition de l'objet au rang de principe général du droit[2536], qui s'envisage tant à l'échelle de l'obligation[2537] qu'à celle du contrat[2538]. La caducité d'un droit se conçoit quand la perte de son objet rend la prestation corrélative du cocontractant impossible à exécuter[2539]. Par ailleurs, il y a caducité lorsque la perte de l'objet d'une obligation crée une impossibilité d'exécution en nature définitive[2540] ou à tout le moins durable[2541]. Cette impossibilité s'apprécie de façon relative, compte tenu de la formation concrète de l'objet des obligations des parties[2542] et même, en dernier ressort, par référence au critère de l'homme normalement prudent et diligent[2543]. Enfin, la caducité d'une obligation par la disparition de son objet peut résulter de la faute du débiteur[2544] ou d'un fait du créancier[2545]. Dans un arrêt du 28 novembre 1980, la Cour de cassation a décidé que le bailleur responsable de la perte de la chose louée peut invoquer la dissolution, sans préjudice des dommages et intérêts dus au locataire[2546].

Sur les bases de ces principes, il est vrai qu'un chanteur célèbre s'incorpore dans le contenu de ses obligations, de sorte que ses héritiers ne peuvent pas exécuter ses obligations pour une salle

---

[2534] Nous soulignons. Voy. : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 33, n[os] 27 et 28.
[2535] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164, n° 16.
[2536] Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1590.
[2537] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS ; Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2053.
[2538] Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, note P.A. FORIERS.
[2539] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 156-157, n° 13. Voy. not. dans le domaine du bail : Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270.
[2540] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.
[2541] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159, n° 13. Voy. dans un sens similaire dans le domaine de la force majeure : Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.
[2542] Cass., 12 décembre 1991, *R.C.J.B.*, 1994, p. 7, note Fr. GLANSDORFF ; Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 71, note P.A. FORIERS.
[2543] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159, n° 13 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 63, n° 66 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 89, n° 45.
[2544] Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70.
[2545] Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2053.
[2546] Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70.

de spectacle[2547] ; un ingénieur réputé se réifie dans une prestation complexe, qu'il peut seul exécuter en raison de ses qualités spécifiques[2548] ; enfin, un bailleur à nourriture forme l'objet de l'engagement du preneur, si bien que son droit de bénéficier de soins ne passe pas à ses héritiers[2549].

416. Référence à la caducité par disparition de la cause subjective. – En droit belge, il est admis que la cause subjective repose sur les objectifs qui motivent l'engagement d'une partie : il s'agit des mobiles qui l'ont déterminée à contracter et qui ont pénétré le champ contractuel[2550].

1° Certains pensent que la mort d'un cocontractant *intuitu personae* rend ses obligations impossibles à exécuter et qu'elle fait donc disparaitre la cause de l'engagement de l'autre partie[2551].

S. Stijns enseigne ainsi que « *De onmogelijkheid om aan een overeenkomst nog uitvoering in natura te geven, vindt men tevens bij een contract* intuitu personae, *wanneer de persoon uit aanmerking van wiens identiteit, bijzondere hoedanigheid of eigenschappen het contract is aangegaan, komt te overlijden. […] Wij staan hier inderdaad voor een* reëel geval waar het wegvallen van de oorzaak *wel degelijk de onmogelijkheid van uitvoering voor gevolg heeft* »[2552].

Dans cet ordre d'idées, R. Van Ransbeek estime que « *Het belangrijkste gevolg van het intuitu personae-karakter dat in deze bespreking in het licht moet worden geplaats, is het feit dat de overeenkomst tenietgaat bij het overlijden van de persoon met inachtneming van wiens hoedanigheid de overeenkomst werd aangegaan. […]* De grondslag moet worden gevonden in het verval van de overeenkomst wegens het verdwijnen van de oorzaak van de overeenkomst »[2553].

2° Au sein du chapitre relatif à la rupture de la confiance, nous avons vu les conditions de cette caducité[2554]. Nous en résumerons les caractéristiques essentielles à ce stade (*supra*, n° 322).

[2547] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2023, n° 1401.

[2548] Voy. sur l'importance de la spécificité de la prestation dans le cadre de l'appréciation de l'intensité de l'*intuitus personae* : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 369, n° 406 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.

[2549] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 233-242, n[os] 335-354. Voy. dans un sens similaire : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 286, n° 417.

[2550] Pour les contrats conclus à titre onéreux : Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 708. Pour les contrats conclus à titre gratuit : Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165. Voy. not. : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les obligations*, vol. II, coll. « De Page », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 328, n° 195 ; S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, p. 369, n° 18.

[2551] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 107, n° 148 ; R. VAN RANSBEECK, « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, pp. 3-4 ; P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 678, n° 14 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 89-90, n° 46.

[2552] Nous soulignons. Voy. à cet égard : S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 89-90, n° 46. Voy. dans le même sens : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 107, n° 148.

[2553] Nous soulignons. Voy. : R. VAN RANSBEECK, « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, pp. 3-4.

[2554] Voy. à ce sujet : . STIJNS et H. GEENS, « Glorie en teloorgang van het verval van rechtshandelingen wegens de verdwijning van hun subjectieve oorzaak. Een duiding van het Cassatiearrest van 12 december 2008 inzake schenkingen », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers – Oxford,

Primo, la Cour de cassation appréhende la caducité par disparition de la cause subjective au niveau de l'acte juridique, comme à l'échelle des testaments[2555] ou des conventions de tontine[2556]. Cependant, à l'instar de la caducité par disparition de l'objet, il nous semble que la caducité par la perte de la cause s'envisage aussi à l'échelle des droits et des obligations[2557]. *Secundo*, la perte de la cause subjective entraine la dissolution quand elle implique une impossibilité définitive ou durable d'exécution[2558]. Cette dernière s'apprécie à la lumière des termes de l'acte[2559], de la formulation de l'objet des obligations des parties[2560] et de leur raison d'être[2561]. *Tertio*, s'agissant des libéralités testamentaires, la Cour de cassation a décidé que la caducité par disparition de sa cause subjective doit résulter d'un événement indépendant de la volonté du disposant[2562]. Selon nous, ce principe de non-imputabilité s'applique aux contrats conclus à titre onéreux, à défaut de quoi la caducité revêtirait un caractère trop potestatif et serait donc inconciliable avec le principe de la convention-loi résultant de l'article 1134 du Code civil[2563].

Dans ce cadre, la dissolution du contrat se comprend lorsque les héritiers ne disposent pas d'un agrément ou d'une certification nécessaire pour exécuter des obligations de leur auteur, puisqu'ils ne peuvent pas s'en acquitter comme les parties les ont conçues[2564] ; de même, dans certaines situations, les héritiers ne disposent pas des qualités d'honorabilité ou de moralité requises par la convention afin d'exécuter les obligations du *de cujus*. Dans ces deux cas, la disparition de la cause subjective de l'engagement de la partie survivante justifie la dissolution du contrat.

417. Référence à la théorie de la force majeure. – Il apparait que la théorie de la force majeure constitue un dernier fondement explicatif de l'article 1122 du Code civil.

Intersentia, 2009, p. 306, n° 13 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 126, n° 34 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 96, n° 94.

[2555] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.

[2556] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.

[2557] Voy. en détail à cet égard : J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 97, n° 9.

[2558] Cons. not. concernant le lien qui existe entre l'impossibilité d'exécution et la caducité d'une obligation par la disparition de sa cause subjective: P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 21, n° 17 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 117, n° 69.

[2559] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.

[2560] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616.

[2561] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.

[2562] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.

[2563] Voy. dans le même sens : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 106, n° 146 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 101, n° 100 et p. 141, n° 135 ; T. DE LOOR, « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, p. 775, n° 54.

[2564] Voy. not. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 298, n° 529 ; F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 154-155, n° 127 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 343, n° 497 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 270-271, n° 189.

1° En effet, selon certains auteurs, la dissolution de plein droit des obligations du défunt *intuitu personae* s'explique par l'existence d'une force majeure dans le chef de ses héritiers[2565].

S'agissant des contrats de service, P. Brulez écrit ainsi que « *Het grote voordeel van de overmachtsleer als grondslag voor de regel van beëindiging van de dienstovereenkomst door de dood van de dienstverrichter is dat de regel beter kan gekaderd worden binnen het gemene verbintenissenrecht en niet moet gezien worden als een soort onoverkomelijke uitzondering op de regel dat verbintenissen worden overgedragen op erfgenamen na overlijden* »[2566]. Dans un sens similaire, L. Cornelis pense aussi que l'impossibilité d'exécution résultant du décès du débiteur *intuitu personae* « *roept de vergelijking met de vreemde oorzaak en met de risicoleer op* »[2567].

La force majeure nous parait expliquer certaines hypothèses de dissolution de la convention au décès du cocontractant *intuitu personae* : ainsi en est-il notamment quand la partie survivante exige l'exécution des obligations contractuelles du défunt, alors que ses héritiers ne disposent pas des qualités requises par le contrat ou même d'un accès à une profession exigé par la loi[2568].

2° Nous résumons les traits essentiels de ce mode de dissolution des obligations.

Tout d'abord, l'impossibilité d'exécution en nature constitue le fondement de la force majeure. Par un arrêt du 8 janvier 1981, la Cour de cassation a décidé que « la force majeure suppose un obstacle insurmontable »[2569] afin de rendre l'obligation du débiteur impossible à remplir[2570]. Toutefois, à l'instar de la caducité, d'aucuns pensent que cette impossibilité d'exécution s'apprécie *in concreto* au regard des prescriptions des parties et de la manière dont elles ont libellé leurs obligations[2571]. Ensuite, un événement ne peut constituer un cas de force majeure qu'à partir du moment où sa survenance s'avère indépendante de la volonté du débiteur[2572] ; la force majeure ne peut donc pas résulter d'un fait imputable à celui qui s'en prévaut[2573]. Enfin, pour pouvoir provoquer la dissolution, l'événement insurmontable doit revêtir un caractère imprévisible[2574]. Une partie de la doctrine relativise le statut de l'imprévisibilité : il

---

[2565] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 396-397, n^os^ 439-440. Voy. Dans un sens comparable mais avec certaines réserves : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, pp. 826-827, n° 638. Voy. not., dans le même sens, en droit français : P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 74, n° 102.

[2566] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 937, n° 440.

[2567] L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 827, n° 638.

[2568] Voy. not. en ce sens pour un accès à la profession : C.T. Liège, 16 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 348 ; C.T. Mons, 13 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 24 ; C.T. Mons, 4 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 25.

[2569] Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 492

[2570] Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 285 ; Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782.

[2571] J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 413, n° 13 ; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *T.P.R.*, 2008, p. 608, n° 5 ; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 250-251, n° 12 ; R. KRUITHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 296-299, n° 12 ; J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sous Cass. 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 94-96, n^os^ 5-7.

[2572] Cass., 30 avril 2002, *J.T.*, 2003, p. 631 ; Cass., 18 septembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1357 ; Cass., 29 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1584 ; Cass., 9 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 153 ; Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 390.

[2573] Voy. not. Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 408 ; Cass., 18 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1059 ; Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388 ; Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108.

[2574] Cass., 14 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 130.

arrive effectivement qu'un événement constitue un obstacle insurmontable malgré sa relative prévisibilité. Par exemple, il en va ainsi lors de la survenance d'une tempête ou d'un ouragan[2575]. L'imprévisibilité de la force majeure renvoie, en principe, à l'absence de faute du débiteur[2576].

2) Panorama des impossibilités d'exécution à la base de la dissolution du contrat

418. Appréciation concrète de l'intensité et des formes de l'impossibilité d'exécution. – Définir la notion d'impossibilité d'exécution à la base de la dissolution du contrat *intuitu personae* relève de la gageure. En effet, cette notion comporte plusieurs intensités et différentes formes.

1° Une impossibilité d'exécution présente effectivement plusieurs intensités. Elle peut d'abord avoir un caractère *absolu* : elle constitue alors un obstacle insurmontable indépendamment de la formulation de l'obligation ou des capacités du débiteur. Toutefois, selon une partie de la doctrine, une impossibilité d'exécution s'apprécie de façon *relative*, c'est-à-dire à la lumière des prescriptions des parties, de la formulation de leurs obligations et des capacités d'un débiteur normalement prudent et diligent[2577] : ainsi J. Van Zuylen écrit-il, à ce sujet, que « L'impossibilité d'exécution doit donc être appréciée à l'aune du contenu de l'obligation, en fonction de ce qui a été stipulé par les parties. Il s'agit d'une impossibilité conventionnelle. […] C'est, en effet, la prestation telle qu'elle est définie dans le contrat, qui ne peut plus être fournie »[2578].

2° À notre sens, la portée d'une impossibilité d'exécution dépend de l'intensité de l'*intuitus personae*. Nous résumons les bases dégagées dans les conclusions du titre II (*supra*, n° 282).

Un *intuitus personae* au sens strict existe lorsqu'une partie s'incorpore dans le contenu du droit qu'elle doit exercer ou dans le contenu de l'obligation qu'elle doit accomplir. Dans ce cas, seul ce cocontractant peut exercer son droit ou exécuter son obligation de façon satisfactoire, c'est-à-dire conformément à sa formulation initiale : un architecte réputé se réifie dans son obligation d'établissement d'une œuvre spécifique, de sorte qu'un tiers ne peut pas exécuter cette obligation

---

[2575] Cass., 13 avril 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 857, *R.C.J.B.*, 1957, p. 85, note J. HEENEN.

[2576] P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, p. 245, n° 5.

[2577] Voy. not. dans le domaine de la caducité : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159, n° 13 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 63, n° 66 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 89, n° 45. Voy. not. dans le domaine de la force majeure : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 228-233, n^{os} 8-15 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 411-412, n° 9 ; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *T.P.R.*, 2008, p. 608, n° 5 ; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 250-251, n° 12 ; R. KRUITHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 296-299, n° 12 ; J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sous Cass. 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 94-96, n^{os} 5-7.

[2578] J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 413, n° 13.

à sa place[2579] ; si un licencié s'incorpore dans le contenu de son droit d'exploitation du fait de la confiance que le donneur de licence exclusif lui porte, il ne peut donc céder son droit à un tiers[2580].

Un *intuitus personae* au sens large suppose que les qualités d'une partie aient déterminé le consentement de son cocontractant, sans s'incorporer dans la prestation qu'elle doit exécuter pour lui ou qu'elle doit recevoir de lui : il en va ainsi lorsque la solvabilité, des compétences interchangeables ont déterminé l'engagement du cocontractant du débiteur ou du créancier. Un tiers nanti de qualités équivalentes peut, en principe, exercer le droit de façon satisfactoire ou exécuter l'obligation sans modifier le contenu que les parties lui ont initialement attribué[2581].

3° Enfin, il apparait que l'impossibilité d'exécution peut revêtir une forme matérielle, morale ou juridique[2582]. Nous donnerons un panorama de quelques applications dans ce point.

419. Impossibilité matérielle d'exercice des droits ou d'exécution des obligations du défunt *intuitu personae*. – Une impossibilité matérielle d'exécution existe lorsque les héritiers ne peuvent pas accomplir physiquement l'obligation ou exercer le droit de leur auteur[2583].

1° Une impossibilité matérielle d'exécution se conçoit logiquement en présence de droits et d'obligations *intuitu personae* au sens strict, c'est-à-dire de haute intensité.

Tout d'abord, le défunt pouvait s'incorporer dans l'objet de ses *obligations*[2584]. Par exemple, un chanteur, un mannequin ou un acteur célèbre se confond naturellement avec l'obligation qui porte sur son corps ou de son image : l'objet de cette obligation disparait alors avec le décès de ce débiteur, puisque ses héritiers ne peuvent matériellement pas l'accomplir sans en modifier le contenu initial[2585]. Dans le même sens, les obligations d'un peintre réputé s'éteignent de plein droit à sa mort : son style se réifie effectivement dans la toile qu'il doit peindre pour son client, de sorte que ses héritiers ne peuvent se substituer à lui pour réaliser cette œuvre[2586]. C'est

---

[2579] S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijk analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, p. 162, n° 89 ; B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 77, n° 49 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 33.

[2580] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.

[2581] Voy. not. à ce sujet : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 367, n° 404 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 Voy. en droit français : D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63.

[2582] Voy. not. pour un résumé dans le cadre de la force majeure : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 233-235, n^{os} 16-19.

[2583] Cons. pour une définition similaire de la notion d'impossibilité matérielle d'exécution dans le domaine de la force majeure : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 234-235, n° 17 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 410-411, n° 7.3.

[2584] Voy. pour cette formulation : Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS. Voy. not. en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234, n° 337 ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 24.

[2585] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553 ; A. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994, p. 175, n° 286 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 126-127, n^{os} 129-130 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 235, n° 342.

[2586] Voy. pour cet exemple classique : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 33, n° 27 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 732, n° 764.

pour cette raison que H. De Page écrivait que « La première [exception à l'article 1122 du Code civil] a trait aux contrats *intuitu personae.* […] Ainsi la commande d'un tableau à un peintre est résiliée par la mort de celui-ci, mais non par la mort du *conductor operis*. Cette solution se justifie d'elle-même. Les héritiers du peintre peuvent ne pas avoir le talent de leur auteur »[2587].

Le défunt pouvait également se réifier dans l'objet de *ses droits*. Cette situation se produit lorsque les qualités du créancier déterminent la portée de la prestation que le débiteur doit lui fournir. Dans ce cas de figure, à la mort du créancier, l'obligation de la partie survivante devient impossible à exécuter faute d'objet. L'intransmissibilité des ouvertures de crédit accordées à des professionnels illustre cette idée[2588]. Dans un arrêt du 26 novembre 2009, la Cour de cassation a estimé que « *Een kredietopening verleent aan de kredietnemer* een persoonlijk recht *om, op zijn verzoek, gebruik te maken van de door de kredietovereenkomst toegekende kredietruimte* »[2589]. Il est ainsi admis qu'un tiers ne peut pas faire appel à l'ouverture de crédit : le montant de celle-ci, ses modalités d'exercice et la rétribution de la banque dépendent étroitement des aptitudes, de la réputation et de l'objectif poursuivi *in concreto* par le crédité[2590]. De la sorte, lorsque cette partie décède, ses héritiers ne peuvent normalement pas exercer son droit ; l'obligation corrélative de mise à disposition des fonds de la banque devient impossible à exécuter et donc caduque[2591].

2° Dans certaines circonstances, une impossibilité matérielle d'exécution se rencontre en présence d'un *intuitus personae* au sens large du terme, c'est-à-dire de plus faible intensité.

Il nous semble que cette idée se vérifie dès lors que les héritiers ne possèdent pas les qualités interchangeables indispensables à l'exécution des engagements de leur auteur. Dans ce cas, les ayants cause ne peuvent effectivement pas exécuter les obligations du débiteur initial de façon satisfactoire. Un contrat de maintenance peut exiger que le prestataire dispose d'un agrément précis pour entretenir des machines industrielles : si ses héritiers n'ont pas cet agrément, ils ne peuvent matériellement pas exécuter les obligations comme les parties les ont conçues à la base. L'engagement du bénéficiaire du service tombe alors en raison de la disparition de sa cause[2592].

Ces propos expliquent la dissolution du cautionnement souscrit par un dirigeant d'entreprise à son décès. Dans cette situation, certains admettent la dissolution de l'obligation de

---

[2587] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 177, n° 120*bis*.

[2588] D. VAN DER MOSEN et J.-P. BUYLE, « Beslag onder derden en kredietopeningen: het einde van een controverse? », obs. sous Cass. 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, pp. 103-104 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles*, *Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, pp. 195-196, n° 12.

[2589] Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100.

[2590] A. VAN MAELE, *Les Novelles*, *Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, pp. 195-196, n° 12. Voy. not. sur ce point : A.F.M.E., « Lever des fonds pour les petites et moyennes entreprises. Guide pratique du financement bancaire, obligataire et par actions », Éd. de septembre 2015, p. 12, www.afme.eu ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de Services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 39-42.

[2591] M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 144, n° 157 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 235-236, n° 342, spéc. note 16.

[2592] Ce constat explique pourquoi certains auteurs se réfèrent, à juste titre, à la théorie de la caducité par la disparition de la cause subjective pour constater la dissolution du contrat au décès du débiteur *intuitu personae*. Voy. not. en ce sens en doctrine : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 107, n° 148 ; R. VAN RANSBEECK, « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, pp. 3-4 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 89-90, n° 46.

couverture de la caution[2593], sans qu'il y ait de consensus sur le fondement de cette solution[2594]. Il arrive que la banque et la caution érigent la qualité de dirigeant en élément déterminant de leurs consentements respectifs[2595] : ainsi les héritiers ne peuvent-ils matériellement pas exécuter l'obligation de couverture convenue entre la banque et la caution, à partir du moment où ils n'exercent pas la fonction de dirigeant de la société de leur auteur. Dans son arrêt du 14 janvier 1997, la Cour d'appel de Mons avait d'ailleurs décidé que la caution d'un dirigeant « a été conclue *intuitu personae* dans le chef des deux parties (la caution et le créancier) »[2596], de sorte « [qu'un] tel contrat est nécessairement dissous par la mort, de sorte que l'engagement de feu André Hourez [*i.e.* la caution] n'a pas pu passer à ses héritiers »[2597]. En revanche, il n'existe aucune impossibilité d'exécution lorsque l'héritier reprend la direction de la société au décès de son auteur.

420. Impossibilité morale d'exercice des droits ou d'exécution des obligations du défunt *intuitu personae*. – Dans le cadre du décès, une impossibilité morale d'exécution suppose que la partie survivante ne peut psychologiquement pas poursuivre la relation contractuelle avec les héritiers du défunt en raison de la confiance ou de l'affection qui existait entre eux[2598].

1° En principe, une impossibilité morale d'exécution se produit lorsqu'il existe un *intuitus personae* au sens strict fondé sur un haut degré de confiance ou d'affection.

La confiance revêt alors une intensité telle que le débiteur s'incorpore dans l'objet de *ses obligations*. Un haut degré de confiance s'envisage, en général, lorsque la relation contractuelle repose sur la collaboration étroite des parties[2599]. Dans l'esprit du cocontractant, aucun tiers ne peut se substituer au défunt d'afin exécuter ses obligations ; son décès rend donc la poursuite de la

---

[2593] Cass. fr. com., 13 janvier 1987, *Bull. civ.*, 1987, IV, p. 6 ; Cass. fr. com., 29 juin 1982, *Bull. civ.*, 1982, IV, p. 224.

[2594] Il existe deux grands courants différents dans les droits belge et français. Un premier plaide en faveur de l'existence d'un terme extinctif (M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 338, n° 639. Voy. en droit français : L. AYNÈS, obs. sous Cass. fr. com. 3 novembre 1988 et Cass. fr. com. 6 décembre 1988, *D.*, 1989, p. 186 ; Ph. SIMLER, obs. sous Cass. fr. com. 16 février 1977, *J.C.P.*, G, 1979, 19154, n° I. B). Un deuxième courant se montre favorable à l'existence d'une condition résolutoire tacite (P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 96-97, n° 95. Voy. not. sur cette idée en droit français : Cass. fr. com. 3 novembre 1988, *D.*, 1989, p. 185).

[2595] L'abstraction du cautionnement n'a pas un caractère d'ordre public. Ce principe ne s'oppose donc pas à ce que la caution et le créancier érigent expressément ou tacitement un élément du rapport caution-débiteur – la qualité de dirigeant de la société – en mobile déterminant du contrat garanti. Voy. not. en ce cens : M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 338, n° 639 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 466, n° 602.

[2596] Mons, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1999, p. 155, spéc. p. 156.

[2597] Mons, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1999, p. 155, *R.C.J.B.*, 2001, p. 141, note A. LIMPENS. Toutefois, à notre sens, la Cour pousse le raisonnement un cran trop loin lorsqu'elle admet que l'obligation de règlement de la caution s'éteint pour les dettes contractées avant le décès de la caution. Il n'existe aucune impossibilité d'exécution dans ce cas de figure.

[2598] Voy. la définition de l'obstacle moral rendant la collaboration durablement impossible en raison de la perte de la confiance par une mésintelligence ou un motif grave : S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116 ; J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190.

[2599] C. DELFORGE, « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat », in Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution, C. DELFORGE (éd.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 21-22, n° 14 ; C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, vol. II, thèse, UCL, 2006, p. 256, n° 279. Voy. not. en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234, n° 337.

relation contractuelle moralement impossible avec les héritiers. Un arrêt du 14 juin 1966 de la Cour d'appel de Paris illustre cette idée[2600]. Dans cette affaire, concernant un contrat conclu entre un marchand d'art et un peintre, la Cour a affirmé que « les conventions passées entre le peintre et le marchand postulant une collaboration nécessaire ont été conclues *intuitu personae* et la disparition de l'un et de l'autre ruine l'économie du contrat et le rend impossible à exécuter »[2601]. De la sorte, la Cour a décidé que le décès du marchand d'art avait dissous ses obligations contractuelles.

Une décision du Tribunal du travail de Bruxelles du 25 juin 1986 s'inscrit dans la même logique[2602]. Le fils d'un dentiste prétendait que le contrat de travail conclu entre son auteur et sa secrétaire privée avait pris fin au décès de ce prestataire du fait de la relation qu'ils avaient entretenue. Le Tribunal a fait droit cette prétention compte tenu de la collaboration étroite que les parties avaient eue. En effet, selon la juridiction, « La description que Madame H. donne des tâches d'assistante dentaire, allant jusqu'à "préparer du café pour la pause et accessoirement de faire les courses et de préparer les repas", le fait de ne travailler tout son temps qu'avec une seule personne, pour celle-ci et presque toujours dans le même local qu'elle, fondent le tribunal à considérer qu'il s'agissait bien d'une collaboration personnelle présentant les caractéristiques d'un contrat *intuitu personae* dans le chef des deux parties »[2603]. Dans cette logique, le Tribunal a conclu que « La disparition du docteur D. entraîne donc de plein droit la résiliation du contrat liant les parties »[2604].

L'affection existant entre les parties justifie également que le créancier s'incorpore dans l'objet de *son droit*, c'est-à-dire dans la prestation que le débiteur doit accomplir pour lui[2605]. Le décès du créancier entraine alors la disparition de l'objet des obligations du débiteur et, de la sorte, l'impossibilité de les exécuter. Il existe donc une caducité. Une décision du 16 juin 1962 du Tribunal de première instance de Bruxelles l'illustre[2606]. Dans cette affaire, relative à la mort d'un locataire, le Tribunal a affirmé « qu'il est manifeste, compte tenu des considérations reprises ci-dessous et de toutes les circonstances de la cause, et principalement du terme extraordinaire pour lequel le bail fut accordé et de la modestie du prix, que la qualité de preneuse, sœur de la bailleresse, a été la cause déterminante qui lui a fait conclure le bail ; […] que ce serait évidemment méconnaître ces principes que d'admettre les prétentions [des héritiers à continuer le bail] ; qui ne tiendrait rien moins *que leur reconnaître le droit de bénéficier d'un bail particulièrement avantageux* qui a son origine et son unique cause dans les sentiments généreux de la bailleresse envers sa sœur »[2607]. Partant, le Tribunal a constaté la dissolution du droit de jouissance de la preneuse et l'extinction de l'obligation corrélative de mise à disposition du bien de la bailleresse.

Un *intuitus personae* au sens strict fondé sur l'affection ou sur la confiance explique la dissolution de plein droit du contrat à la mort du franchisé[2608] et du concessionnaire exclusif de

---

[2600] Paris, 14 juin 1966, *Gaz. Pal.*, 1966, 2, jur., p. 265, *RTD. Com.*, 1966, p. 937, obs. H. DESBOIS.

[2601] *Ibidem*. Voy. dans le même sens : F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123, point n° I. A. 1°.

[2602] Trib. Trav. Bruxelles, 25 juin 1986, *Chron. D.-S.*, 1987, p. 54.

[2603] *Ibidem*, spéc. p. 55.

[2604] *Ibidem.*

[2605] Voy. sur la relation entre l'*intuitus personae* et l'affection : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-153, nos 70-71. Voy. en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234, n° 337.

[2606] Civ. Bruxelles, 16 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 480, note M. LAHAYE et J. VANKERCKHOVE.

[2607] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 481).

[2608] S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 52, n° 57 ; O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour juristes*,

vente[2609] ; de même, selon certains, il en va ainsi lors du décès de l'auteur dans le contrat d'édition[2610], pour la mort du preneur à nourriture[2611], pour la mort des deux parties dans le contrat de *sponsoring*[2612] ou pour la mort du créancier d'un droit de préemption fondé sur l'affection[2613].

2° Enfin, dans certaines circonstances, la disparition d'un *intuitus personae* au sens large de confiance se trouve à la base d'une impossibilité morale d'exécution. Il arrive qu'un cocontractant érige l'honorabilité ou la moralité de son partenaire en mobile déterminant de son engagement lors de la conclusion de la convention[2614] : ainsi en est-il, par exemple, lorsque des parents exigent une moralité exemplaire d'un *baby-sitter* en contact avec des mineurs ; une fabrique d'église a pu exiger d'un architecte qu'il conserve une honorabilité exemplaire pendant le temps où il collaborait avec les autorités cléricales[2615]. Lorsque les héritiers ne disposent pas de cette qualité subjective au décès de leur auteur, rien ne s'oppose à admettre que la perte de ce mobile déterminant débouche sur un obstacle psychologique à la poursuite de la convention[2616]. Par exemple, lorsqu'il apparait qu'une fabrique d'église a accepté de louer un bien à un locataire choisi pour sa moralité irréprochable et sa foi très chrétienne, elle peut constater la dissolution du bail si les héritiers de ce locataire installent des dames de petite vertu dans les lieux loués à son décès.

421. Impossibilité juridique d'exercice des droits ou d'exécution des obligations du défunt *intuitu personae*. – Il existe une impossibilité juridique d'exécution quand les héritiers n'ont pas les qualités requises par la loi pour exercer les droits ou exécuter les obligations de leur auteur[2617].

Pour certaines professions, les héritiers doivent disposer du titre légal de leur auteur lorsqu'ils désirent poursuivre ses *obligations* contractuelles[2618]. S'ils ne possèdent pas ce titre, il convient alors d'admettre que le décès de leur auteur entraine une impossibilité juridique

---

Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 153, n° 169. Voy. not. en droit français : Y. AL SURAIHY, *La fin du contrat de franchise*, Thèse, Université de Poitiers, 2008, pp. 214-215, n° 212.

[2609] M. WAGEMANS, *Concession de vente*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 22, n° 18 ; A. MEEUSSEN, « De verkoopconcessie: begripsomschrijving », in *Bestendig handboek distributierecht*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2009, pp. 9-10, n° 13260.

[2610] Voy. not. sur la place de la confiance dans ce contrat : T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189. Voy. en doctrine : C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Litec, 2006, pp. 337-338, n° 424 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 346-347, n° 430.

[2611] Voy. not. sur la place de l'affection et de la confiance dans ce contrat : M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Les soins à la croisée des chemins de la planification patrimoniale, de la philanthropie et de la protection des personnes vulnérables », *R.P.P.B.I.*, 2017, pp. 51 et suivantes ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 348-349, n° 352.

[2612] Voy. not. sur la place de l'affection et de la confiance dans ce contrat : W. SWINNEN, « De kwalificatie als sponsoringovereenkomst », obs. sous Liège 6 juin 2011, *D.A.O.R.*, 2012, p. 42, n°7.

[2613] Cass. fr. 1re civ., 24 février 1987, *Bull. civ.*, 1987, I, p. 54.

[2614] Voy. not. sur ce point et sur la consultation d'un extrait de casier judiciaire : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, p. 92, n° 107 ; S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 41-42, n° 29.

[2615] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.

[2616] La Cour de cassation admet d'ailleurs qu'une partie puisse refuser le paiement émanant d'un tiers quand la réputation de celui-ci risque de lui porter préjudice. Voy. Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91.

[2617] M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 234-235, n° 18 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 409-410, n° 7.1.

[2618] Voy. not. sur ce point : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social – Droit du travail. 2018-2019*, Liège, Kluwer, 2018, pp. 2575-2576, n° 4545 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 861-862, n° 1191.

d'exécution. Cette solution s'impose même si toutes les parties désirent continuer la relation contractuelle : la disparition du *de cujus* nanti du titre constitue, en principe, une force majeure pour chaque cocontractant[2619]. Un arrêt de la Cour du travail de Mons du 4 janvier 1993 l'illustre[2620]. Cette affaire concerne la dissolution de plein droit d'un contrat conclu entre un ophtalmologue et ses employés. Les héritiers du prestataire n'avaient pas les qualifications ni le titre légal de leur auteur. Selon la Cour, « la jurisprudence admet habituellement que le caractère *intuitu personae* et la circonstance que le décès de l'employeur s'oppose de façon définitive à la poursuite de l'exécution du contrat de travail lorsque les ayants cause à titre universel se trouvent dans l'impossibilité d'exercer la profession du défunt en raison des exigences légales »[2621]. Ensuite, ajoute la Cour, « la mort de l'employeur peut constituer un cas de force majeure, soit un obstacle insurmontable à la poursuite des activités dès lors que les ayants droit ne disposent pas des titres légaux pour exercer la profession de leur auteur »[2622]. La Cour a donc conclu à la dissolution.

La loi impose parfois qu'un cocontractant présente certaines qualités pour qu'il puisse bénéficier d'un *droit*[2623] : l'octroi d'un bail de logement social dépend, par exemple, de la situation financière du demandeur. Dans ce cas, les héritiers ne peuvent pas recueillir le droit de leur auteur quand ils ne répondent pas aux conditions requises par la loi ; de son côté, le débiteur ne peut pas leur fournir la prestation promise, étant donné que la loi le lui interdit. Une décision du Juge de paix de Châtelet du 9 mars 2017 illustre ces propos[2624]. Une maison sociale a assigné le conjoint d'un locataire social décédé pour faire constater la dissolution du bail. Le Juge a fait droit à cette demande : il a rappelé que « La demande d'expulsion d'un co-occupant du bien loué est fondée sur le caractère *intuitu personae* du bail de logement social et sur la circonstance qu'un tel logement n'est attribué que dans des conditions socio-économiques précises, légalement imposées »[2625]. Dès lors, il a ajouté que « l'attribution d'un logement social repose sur des critères objectifs et sur les caractéristiques de la situation personnelle du preneur, il est cohérent de dire que le bail est strictement personnel et ne peut se transmettre automatiquement à un tiers qui ne présente pas nécessairement le même profil socio-économique »[2626]. En revanche, nous pensons que les proches du preneur peuvent continuer son bail quand ils possèdent les qualités requises par la loi[2627] : ainsi

---

[2619] Voy. not. en ce sens lors du décès d'un huissier : C.T. Mons, 13 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 24.

[2620] C.T. Mons, 4 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 354.

[2621] *Ibidem*, spéc. p. 355.

[2622] *Ibidem*. *Adde* : C.T. Liège, 16 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 348 ; C.T. Mons, 3 novembre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 167.

[2623] J.P. Louvain, 30 mai 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 271. Le bail-type de la Région wallonne prévoit d'ailleurs expressément que le « Logement a été attribué en tenant compte, notamment, de la situation sociale, financière du locataire ». Comp. à cet égard avec : N. BERNARD, « Les enfants (non signataires) ont-ils le droit de poursuivre le bail de logement social de leur auteur décédé ? », obs. sous J.P. Woluwe-Saint-Pierre 14 janvier 2013, *Jurim.*, 2013, p. 409, n° 2 ; B. HUBEAU, « De sociale huurovereenkomst is geen overeenkomst *intuitu personae* », obs. sous J.P. Gand 24 juin 1985, *R.W.*, 1988-1989, pp. 1094-1095 ; Ph. BOSSARD, « Le bail de logement social est-il conclu *intuitu personae* ? », obs. sous J.P. Couvin 10 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 96, n° 8.

[2624] J.P. Châtelet, 9 mars 2017, *J.J.P.*, 2019, p. 96. Voy. not. dans le même sens : J.P. Fontaine-l'Évêque, 27 août 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 270 ; J.P. Etterbeek, 4 octobre 2013, *J.J.P.*, 2015, p. 240 ; J.P. Anderlecht, 29 mai 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 255 ; J.P. Woluwe-Saint-Pierre 14 janvier 2013, *Jurim.*, 2013, p. 403, note N. BERNARD ; J.P. Verviers, 8 octobre 2012, *J.J.P.*, 2012, p. 258 ; J.P. Couvin, 10 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 97. Une seule espèce a admis la transmission de principe du bail de logement social : J.P. Anderlecht, 30 mai 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 33.

[2625] J.P. Châtelet, 9 mars 2017, *J.J.P.*, 2019, p. 96, spéc. p. 97.

[2626] *Ibidem.*

[2627] Toutefois, il convient de remarquer que l'article 17 du contrat-type de bail de logement social de la Région wallonne prévoit la dissolution de plein droit du contrat au décès du preneur. Le contrat-type de la Région bruxelloise diffère quelque peu, à cet égard, en prévoyant la transmission du contrat au « locataire survivant ». Voy. not. à ce sujet : N. BERNARD, « Les enfants (non signataires) ont-ils le droit de poursuivre le bail de logement social de leur

une preneuse sociale peut-elle recueillir le bail de sa mère décédée quand elle a dû déménager de son bien en réparation et qu'elle ne dispose pas d'un logement social approprié à sa situation[2628].

3) Applications particulières de l'impossibilité d'exécution

422. Impossibilité d'exécution pour les obligations et les droits *intuitu personae* portant sur une prestation de *dare*. – À notre sens, la transmission de la convention, d'obligations ou encore de droits *intuitu personae* se conçoit lorsque la mort du cocontractant à sa source n'implique pas d'impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution dans le chef de ses héritiers[2629].

Dans ce contexte, il apparait que la transmission d'obligations de *dare* ne pose généralement pas de difficulté quand les héritiers acceptent la succession : le décès du débiteur d'une somme d'argent ne rend pas cette obligation impossible à exécuter par ses héritiers, même si sa solvabilité a objectivement déterminé l'engagement de son cocontractant[2630]. G. Kostic souligne effectivement « [qu'en] matière d'*intuitus personae* objectif, la solution est inversée, car la personne attentive à son cocontractant ne s'attache qu'aux qualités objectives de celui-ci, qui dès lors peut être remplacé lorsque l'héritier substitué présente les mêmes qualités que le *de cujus* »[2631]. Selon F. Pollaud-Dulian, s'agissant d'un contrat passé entre un marchand d'art et un artiste, « La confiance est essentielle pour l'artiste et la personne du peintre pour le marchand, ce qui n'empêche pas de demander aux héritiers de ce dernier l'exécution des engagements à caractère non personnel pris par le peintre, par exemple le remboursement d'un prêt consenti par le marchand »[2632].

La Cour de cassation française a également admis la transmission d'un *droit intuitu personae* au sens large qui découlait d'un contrat de prêt. Un arrêt du 28 mars 2000 l'illustre[2633]. Les héritiers d'un emprunteur décédé réclamaient la remise des fonds prévus lors de la conclusion de la convention de prêt. Le caractère réel de ce contrat n'y faisait pas obstacle dans la mesure où les cocontractants y avaient dérogé. Cependant, en l'espèce, le prêteur s'opposait à la remise des fonds sur la base du caractère *intuitu personae* de ce droit. La Cour d'appel a rejeté cet argument. Selon elle, les héritiers présentaient les garanties de solvabilité nécessaires au remboursement. La Cour de cassation a approuvé cette décision, en précisant que « l'arrêt attaqué, qui relève que la proposition de financement avait été signée par Daniel Bourdillon et les conditions de garanties dont elle était assortie était satisfaites [par les héritiers], retient, à bon droit, que la société Locabail était, par l'effet de l'accord de volonté, obligée au paiement de la somme convenue »[2634].

---

auteur décédé ? », obs. sous J.P. Woluwe-Saint-Pierre 14 janvier 2013, *Jurim.*, 2013, p. 421, n° 20 ; N. BERNARD, « Le bail de logement social et le droit fondamental à un logement décent », in *Le bail de logement social*, G. BENOÎT, N. BERNARD, D. DÉOM, P.-M. DUFRANNE et P. JADOUL (éd.), Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 28-29, n° 62.

[2628] Voy. not. pour un plaidoyer en faveur de la transmission de certains baux de logement social : N. BERNARD, « Le bail de logement social et le droit fondamental à un logement décent », in *Le bail de logement social*, G. BENOÎT, N. BERNARD, D. DÉOM, P.-M. DUFRANNE et P. JADOUL (éd.), Bruxelles, la Charte, 2009, p. 27, n° 60.

[2629] Voy. not. en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 292, n° 519 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 343, n° 497.

[2630] Ce principe rejoint l'adage *genera non pereunt*, applicable aux choses de genre, dans le domaine de la force majeure. Voy. not. Cass., 28 juin 2018, *R.W.*, 2018-2019, p. 1260 ; Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108.

[2631] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 343, n° 497.

[2632] F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123, point n° I.A.1°.

[2633] Cass. fr. 1re civ., 28 mars 2000, *Bull. civ.*, 2000, I, p. 70.

[2634] *Ibidem.*

Toutefois, ces principes ne font pas l'unanimité : il arrive que les cours et tribunaux constatent la dissolution d'une obligation de *dare* au décès de son débiteur pour des raisons d'équité. Une décision du Tribunal du travail d'Oudenaarde du 2 septembre 2002 le démontre[2635]. Un frère prenait en charge les frais de maison de retraite de sa sœur envers l'établissement de soins. Lors du décès de ce débiteur, son épouse a allégué la dissolution de l'obligation de paiement en raison de son caractère *intuitu personae*. Le Tribunal a fait droit à cette prétention. En effet, il a décidé que « *Indien de persoon van de begunstigde bepalend is, is het logisch dat ook de persoon van degene die zich verbindt determinerend is: hij neemt deze verplichting op wegens zijn bijzondere band met de begunstigde.* Kenmerkend voor contracten intuitu personae is dat deze een einde nemen bij het overlijden van de partij van wie de persoonlijkheid determinerend is *[…] De verbintenis nam dus een einde bij het overlijden van Alphonse D. op 16 oktober 1999* »[2636]. Dans cette affaire, la dissolution de l'obligation de paiement parait ressortir de la mise en balance des intérêts de l'épouse et de ceux de la sœur du défunt[2637]. Si rien ne s'oppose à ce raisonnement compte tenu du libellé de l'article 1122 du Code civil, nous pensons qu'il convient cependant de le confiner au rang d'exception compte tenu des intérêts du créancier de l'obligation de *dare*.

423. Impossibilité d'exécution lors de la disparition du dirigeant effectif ou de l'actionnaire de référence d'une personne morale. – Les personnes morales disposent d'une autonomie pour exécuter leurs obligations[2638]. Dans cette perspective, il est admis que la disparition du dirigeant effectif ou de l'actionnaire de référence d'une personne morale ne rend pas les droits ou les obligations de celle-ci matériellement, moralement ou juridiquement impossible à exécuter[2639].

1° Toutefois, à titre exceptionnel, une impossibilité matérielle d'exécution se conçoit lorsque le dirigeant effectif ou l'actionnaire de référence justifie un *intuitus personae* au sens strict.

Un dirigeant effectif peut effectivement se réifier dans les obligations souscrites par la personne morale : ainsi en est-il, par exemple, quand ce dirigeant dispose de compétences techniques très spécifiques[2640] et qu'il jouit d'une réputation particulière[2641]. Dans ce cas, sa disparition rend les obligations de la société matériellement impossibles à exécuter faute d'objet. Un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 29 juin 1982 illustre ces propos[2642]. Le directeur d'un haras décède. Les copropriétaires d'un étalon le retirent. Le haras les assigne alors en responsabilité pour les saillies qu'il n'a pas pu pratiquer. La Cour d'appel rejette cette prétention. Selon elle, « Le groupement des copropriétaires de l'étalon en le retirant du haras à la suite du décès de son directeur, n'a pas commis de faute alors que la renommée du haras reposait sur son directeur seul,

---

[2635] Trib. Trav. Oudenaarde, 2 septembre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 594.

[2636] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 595).

[2637] Voy., à cet égard, les observations de J. Van Zuylen dans le cadre de la force majeure. L'auteur démontre que l'admission de l'impossibilité relative ou pragmatique d'exécution revient à recourir à la mise en balance des intérêts du débiteur et du créancier dans maints cas de figure : J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 413, n° 12.

[2638] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 71-72, n° 75, B.

[2639] Cass. fr. com., 29 janvier 2013, *Bull. civ.*, 2013, IV, p. 19, n° 19.

[2640] Voy. dans le domaine des fusions par absorption : Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS. Voy. dans le même sens en doctrine en française : D. MAINGUY, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés*, 1996, p. 23, n° 12.

[2641] Voy. sur l'importance de la réputation : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 244, n° 435. *Adde* : Paris, 3 novembre 1994, *D.*, 1996, somm., p. 115, obs. D. MAZEAUD.

[2642] Angers, 29 juin 1982, *Juris-Data* n° 1982-041615.

que sa disparition laissait le haras désorganisé et qu'il n'a pas été remplacé aussitôt avec les mêmes garanties. Le contrat tombait de lui-même du fait de la disparition subite de son directeur »[2643].

Dans le même sens, rien ne s'oppose à ce que le dirigeant effectif ou l'actionnaire de référence d'une personne morale s'incorpore dans les droits de la société. Par exemple, une banque peut décider d'accorder une ouverture de crédit très importante à une société, parce que son dirigeant effectif jouit d'une capacité de gestion exceptionnelle et d'une notoriété particulière dans son domaine d'activité[2644]. Dans ce cas de figure, le dirigeant se réifie dans le droit de faire appel au crédit de sa société : son décès rend ce droit impossible à exercer et, de ce fait, rend l'obligation corrélative de mise à disposition des fonds de la banque matériellement impossible à exécuter[2645].

2° Dans les sociétés unipersonnelles, le décès du dirigeant peut aussi impliquer une impossibilité matérielle d'exécution en présence d'un *intuitus personae* au sens large.

Les titulaires de profession libérale exercent régulièrement leur profession en société unipersonnelle : les sociétés d'avocats[2646], de médecins[2647] ou d'architectes[2648] en témoignent. En l'occurrence, s'il faut concéder que l'*intuitus personae* revêt souvent une intensité plus atténuée, il ne disparait pas pour autant en pratique[2649]. S'agissant du contrat conclu avec un architecte, B. Louveaux a ainsi écrit que « Même en contractant avec une société d'architectes, le maître de l'ouvrage peut parfaitement faire dépendre son adhésion contractuelle de l'exigence que la mission soit exécutée par tel architecte personne physique avec, comme conséquence, que l'incapacité de cette personne à poursuivre la mission entraînerait la fin du contrat sans indemnité »[2650].

De ce fait, lorsque les héritiers ne reprennent pas la fonction du prestataire à son décès ou qu'ils n'ont pas les qualités nécessaires pour le faire, les obligations souscrites par la société unipersonnelle deviennent matériellement impossibles à exécuter de façon satisfactoire. Une décision du 29 novembre 2013 du Tribunal de première instance de Bruxelles illustre ces propos[2651]. Un architecte justifiait le caractère *intuitu personae* de ses obligations du fait de ses

---

[2643] *Ibidem*.

[2644] Ces facteurs déterminent notamment l'octroi d'une ouverture de crédit aux dirigeants d'entreprise : A.F.M.E., « Lever des fonds pour les petites et moyennes entreprises. Guide pratique du financement bancaire, obligataire et par actions », Éd. de septembre 2015, p. 12, www.afme.eu ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de Services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 39-42.

[2645] Voy. sur le caractère personnel des droits issus d'une ouverture de crédit : Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100 ; Liège, 15 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 732. Voy. not. en doctrine : J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 196, n° 15.

[2646] Voy. l'article 4.14 du Code de déontologie de l'avocat rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013.

[2647] Voy. l'article 163 du Code de déontologie médicale élaboré par le Conseil national de l'Ordre des médecins, https://www.ordomedic.be.

[2648] Voy. l'article 2, §2, de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, *M.B.*, 25 mars 1939. Sur cet article, issu de la loi du 15 février 2006 dite « Laruelle » : S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijke analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 150-153, n° 86.

[2649] Voy. dans le même sens pour le contrat d'architecte : S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijk analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 161-174, nos 89-92 ; B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 78-79, nos 51-52.

[2650] B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 78, n° 51.

[2651] Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *Res & jur. imm.*, 2015, p. 7.

compétences dans la restauration de monuments anciens. À son décès, la ville de Halle – maitre de l'ouvrage – a considéré le contrat comme dissous faute d'exécutant compétent et a donc confié la restauration d'un chantier à une autre société. Le Tribunal fait droit à cette interprétation, en précisant que « *de overeenkomst betrekking had op activiteiten die moesten worden uitgevoerd door een architect en de heer De Bruyn in DB&M als enige in aanmerking kwam om deze activiteiten uit te voeren* », de sorte que « *besloot de rechtbank dat de overeenkomst werd gesloten in aanmerking van de heer de Bruyn, zodat zij door het overlijden van de heer de Bruyn van rechtswege werd ontboden* »[2652]. *In casu,* le Tribunal a fondé la dissolution sur l'article 1795 du Code civil. Il nous semble que la dissolution du contrat se justifie par la disparition de la cause subjective de l'engagement du cocontractant du prestataire décédé, c'est-à-dire de la ville de Halle.

§3. – Conclusion intermédiaire

424. Dissolution du contrat *intuitu personae* en présence d'une disposition légale spécifique. – Dans les faits, il existe une multitude de dispositions légales spécifiques qui consacrent la dissolution de plein droit d'une convention au décès de l'un des cocontractants.

Ces dispositions concernent des conventions variées telles que le contrat d'assurance, le contrat de travail, le contrat d'entreprise, le contrat de commodat ou encore le contrat de société. La *ratio legis* de certains articles se fonde bien sur la notion de l'*intuitus personae* : ainsi les rédacteurs du Code civil ont-ils prévu l'extinction du mandat et de la société au décès des parties, parce que cet événement rompt la confiance qu'elles se portaient. Toutefois, à l'inverse, la dissolution repose parfois sur des motifs étrangers à la considération de la personne : les articles 1795 du Code civil et 32, 4°, de la loi du 3 juillet 1978 se fondent sur la volonté de protéger la liberté des héritiers de l'entrepreneur et du travailleur au décès de leur auteur (*supra*, n^{os} 402-407).

Les cocontractants peuvent également décider de déroger à ces dispositions pour prescrire des clauses de continuation avec les héritiers du défunt. Ces clauses prennent de multiples formes. De la sorte, afin de garantir les intérêts de la partie survivante, les cocontractants peuvent inclure une clause d'agrément ou de présentation des héritiers. Enfin, rien n'oppose à reconnaitre l'existence d'une clause de continuation tacite : cette dernière se déduit alors de l'interprétation de l'acte, de son objet, de l'objectif des parties ou encore de leur comportement (*supra*, n^{os} 408-410).

425. Dissolution du contrat *intuitu personae* en l'absence d'une disposition légale spécifique. – La dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* ressort des dispositions des parties ou de l'article 1122 du Code civil lorsqu'une disposition spécifique ne s'applique pas.

Il arrive d'abord que les cocontractants règlent la question de la dissolution à l'avance. Ils peuvent notamment prévoir que le décès de l'un d'eux impliquera la dissolution ; de même, selon certains, une telle clause ressort parfois tacitement de l'interprétation des éléments de la convention. D'aucuns pensent alors que la partie visée constitue une condition tacite de l'engagement de son cocontractant. Si cette idée se conçoit, il faut admettre que cette condition a un caractère *sui generis* qui ne s'identifie pas à la condition résolutoire (*supra*, n^{os} 412-413).

Ensuite, en l'absence d'une clause contractuelle, la dissolution de plein droit du contrat se limite aux hypothèses où le décès du cocontractant *intuitu personae* rend ses droits impossibles à exercer ou ses obligations impossibles à exécuter par ses héritiers. Une partie de la doctrine belge rallie ce point de vue. En effet, plusieurs auteurs expliquent l'intransmissibilité des contrats *intuitu*

[2652] *Ibidem*, spéc. p. 10.

personae par des modes de dissolution impliquant une impossibilité d'exécution : tel est le cas de la caducité par la perte de l'objet, de la cause ou encore la force majeure, qui constituent les fondements explicatifs généralement attribués à l'article 1122 du Code civil (*supra,* n^os^ 415-417).

Dans cette perspective, le décès d'un cocontractant *intuitu personae* peut provoquer une impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution. L'intensité et les formes de cet obstacle s'apprécient concrètement à la lumière des circonstances de la cause. *Primo,* une impossibilité matérielle se rencontre lorsque les héritiers ne peuvent physiquement pas exercer les droits ou exécuter les obligations de leur auteur. *Secundo*, il existe une impossibilité morale d'exécution quand la partie survivante ne peut psychologiquement pas envisager de poursuivre la relation contractuelle avec les héritiers du *de cujus*. *Tertio,* dans un dernier temps, une impossibilité juridique prend place dès lors que les héritiers ne disposent pas des qualités requises par la loi afin d'exécuter les obligations ou d'exercer les droits qui revenaient à leur auteur (*supra,* n^os^ 418-421).

En définitive, ces propos démontrent que rien ne s'oppose à la transmission du contrat, de droits ou des obligations *intuitu personae* quand les héritiers ont les qualités nécessaires pour les exercer ou les exécuter de façon satisfactoire. Il s'agit de la règle pour les obligations de *dare* : la mort du débiteur ne crée aucune impossibilité d'exécution dans le chef de ses héritiers, même si sa solvabilité a déterminé le consentement du créancier. Dans un registre comparable, le décès du dirigeant effectif ou de l'actionnaire de référence d'une personne morale n'entraine aucune impossibilité d'exécution dans le chef de la société. Toutefois, cette idée reçoit exception si le dirigeant ou l'actionnaire justifie un *intuitus personae* au sens strict ; c'est également vrai lorsque qu'un prestataire de services exerce son activité en société unipersonnelle et que ses héritiers ne reprennent pas ses fonctions ou qu'ils n'ont pas les qualités pour le faire (*supra,* n^os^ 422-423).

Section 3. Le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* par la fusion par absorption d'une personne morale

426. Plan. – Dans cette section, nous donnerons un aperçu des clauses qui permettent de faire obstacle à la transmission d'un contrat lors d'une fusion par absorption (**§1er**). Ensuite, nous étudierons le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* en leur absence. Ce point nous permettra de déterminer la place de la force majeure, de la caducité par disparition de l'objet, par la perte de la cause subjective et de la résolution du contrat dans la fusion (**§2**). Enfin, nous aborderons quelques difficultés liées à la transmission de certaines sûretés personnelles (**§3**).

§1er. – Dissolution du contrat intuitu personae en présence d'une clause contractuelle

427. Clause d'incessibilité. – Dans le sillage de leur liberté contractuelle, les parties peuvent déroger à la transmission de plein droit des contrats lors d'une fusion : les dispositions relatives aux opérations de restructuration n'ont pas un caractère d'ordre public ni même impératif[2653].

Une clause contractuelle peut donc énoncer que « Le contrat étant conclu *intuitu personae*, la société X ne pourra pas céder entre vifs ou à titre universel les droits et les obligations découlant pour elle du contrat »[2654]. En outre, rien ne s'oppose à ce que les parties indiquent que « Lors de toute procédure de fusion, de scission, d'apport d'universalité ou de branche d'activité, le contrat entre la société X et la société Y ne sera pas transmis automatiquement au cessionnaire »[2655].

La portée de ces stipulations pose question dès lors qu'elles se limitent à prescrire l'incessibilité *ut singuli* d'un contrat de la société absorbée, sans viser la transmission de son patrimoine. Dans ce cas, une partie de la doctrine pense que la clause s'interprète de façon stricte, puisqu'elle déroge au principe de la transmission automatique[2656] : Th. Tilquin écrit, à cet égard, « [qu'une] clause restreignant la cessibilité d'un élément d'actif ou de passif, mais qui ne vise pas expressément la fusion ou la scission ne s'applique pas au "transfert" qui résulte de ces opérations, sauf à déterminer la volonté réelle et commune des parties de viser la fusion ou la scission »[2657].

[2653] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 20. Voy. not. sur ces clauses : F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1190, n° 18 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1991, n° 1381 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 154, n° 26 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 189, n° 22 ; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABBEELE, « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1993, p. 246 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 306, n° 450.

[2654] Voy. sur cet exemple tel qu'adapté d'une clause issue du droit français : P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005, p. 468, n° 1213.

[2655] *Ibidem*, p. 467, n° 1212.

[2656] F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1121, n° 53 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 154, n° 26 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 307, n° 451.

[2657] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 307, n° 451.

Dans cette perspective, lorsque la société absorbée méconnait une clause d'incessibilité, il est admis que son cocontractant peut invoquer l'inopposabilité de la transmission à son égard[2658] : P. Van Ommeslaghe écrit ainsi que « la disparition des sociétés absorbées empêche qu'elles conservent un patrimoine. L'on ne saurait donc considérer que les sociétés absorbées restent titulaires des droits et des obligations qui résulteraient d'un contrat stipulé incessible. La seule issue résiderait en ce cas dans la dissolution de ce contrat »[2659]. Toutefois, les parties peuvent toujours convenir qu'une clause d'incessibilité ne s'appliquera pas à la fusion envisagée par l'absorbée[2660].

428. Clause d'agrément. – En pratique, les parties décident parfois d'insérer une clause d'agrément dans leur convention afin de se prémunir contre tout changement de cocontractant[2661].

Dans cette logique, s'agissant d'un contrat de distribution commerciale, une clause d'agrément peut indiquer que les droits et les obligations du revendeur ne sont pas « cessibles ou transférables que ce soit totalement ou partiellement, sans accord écrit du concessionnaire »[2662]. Les cocontractants mentionnent parfois les raisons qui permettent de refuser l'agrément de la société absorbante. Par exemple, au sein des conventions de crédit, une stipulation prévoit souvent que la banque peut refuser d'agréer l'absorbante si la fusion « génère des obligations financières nouvelles et exceptionnelles »[2663]. Cette clause permet à la banque de s'opposer à la transmission du crédit à une société lourdement endettée ou encore de s'opposer à la réalisation d'une fusion par un emprunt qui mine la situation financière de la société absorbante (*leveraged buyout*)[2664].

La portée des clauses d'agrément suscite les mêmes difficultés que celles rencontrées pour les clauses d'incessibilité : il arrive qu'une telle stipulation se limite à requérir l'accord du cédé pour une cession *ut singuli* de contrat, sans préciser clairement si elle s'applique à une hypothèse de transmission universelle de patrimoine. Dans ce cadre, à l'instar des principes admis pour les clauses d'incessibilité, il convient d'interpréter une telle clause de façon stricte : elle constitue effectivement un tempérament à la transmission de plein droit du contrat lors d'une fusion[2665].

[2658] Voy. not. : F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1221, n° 53 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1991, n° 1381 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127, n° 118 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 307, n° 451.

[2659] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1991, n° 1381.

[2660] F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1121, n° 53.

[2661] Nous n'abordons pas ici le fait de savoir si les associés de la société absorbante peuvent se prévaloir des clauses d'agrément statutaires afin de refuser d'agréer les associés de la société absorbée (et *vice versa*). Voy. not. sur ce sujet : Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 189-191.

[2662] Cass. fr. com., 13 décembre 2005, *D.*, 2006, p. 149, note A. LIENHARD, *J.C.P.*, G, 2006, II, 10103, note note H. HOVASSE, *RTD. Civ.*, 2006, p. 310, note J. MESTRE et B. FAGES.

[2663] K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 132-133, n° 176. Le cas échéant, la clause peut prévoir une déchéance du terme et donc l'exigibilité immédiate du montant dû. Voy. not. : Comm. Bruxelles 25 février 1980, *R.P.S.*, 1980, p. 162.

[2664] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 345-346, n° 514, spéc. note 331. Voy. en droit français : P.-Y. BÉRARD, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *RTD. com.*, 2007, p. 310.

[2665] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 311, n° 460. Voy. en ce sens en droit français : M. DUBERTRET, « L'*intuitus personae* dans les fusions », *Rev. sociétés*, 2006, p. 740, n° 48.

Enfin, certains auteurs rappellent que le refus d'agrément ne constitue pas un droit discrétionnaire[2666] : les cours et tribunaux peuvent contrôler l'exercice de cette liberté sur la base du principe général de l'interdiction de l'abus de droit, à l'instar des principes admis pour la cession *ut singuli* de la convention[2667]. Dans un arrêt du 7 octobre 2011, la Cour de cassation a effectivement décidé que « Le refus de contracter peut constituer un abus de droit lorsque l'usage de la liberté de ne pas contracter est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente et diligente »[2668]. Il nous semble qu'un tel abus de droit se conçoit lorsque le cocontractant de l'absorbée exerce son refus dans l'unique but de régler un différend commercial avec l'absorbante[2669] ; de même, le cédé commet normalement un abus quand il refuse de donner son agrément sans aucun motif, alors que la société absorbante dispose de toutes les qualités objectives requises pour exécuter le contrat transmis[2670].

§2. – Dissolution du contrat intuitu personae en l'absence d'une clause contractuelle

429. Fondements de la dissolution : caducité par disparition de l'objet, caducité par disparition de la cause subjective et résolution du contrat. – Une fusion peut rendre les droits et les obligations *intuitu personae* de l'absorbée impossibles à exécuter. Les fondements de la dissolution posent alors question. Il existe un consensus pour rejeter la force majeure et l'imprévision (**A**). Par ailleurs, plusieurs auteurs se fondent sur la caducité par la perte de l'objet, par la disparition de la cause subjective et sur la résolution pour expliquer la dissolution (**B**).

A. Rejet de la force majeure et de l'imprévision à l'occasion d'une fusion par absorption

430. Caractère volontaire de la fusion : exclusion de la force majeure et de l'imprévision. – Selon d'aucuns, la société absorbante ne peut pas invoquer une force majeure ou une imprévision pour constater la dissolution de ses obligations lorsque la fusion les rend impossibles à exécuter[2671]. Ce point de vue s'explique à la lumière des conditions d'application de ces deux concepts.

[2666] F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1222, n° 56 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 307-308, n° 453.

[2667] Voy. not. sur la question du contrôle du refus d'agrément : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 289-290, n° 223. Voy. en droit français : Ph. STOFFEL-MUNCK, « Abus de droit, agrément et rupture fautive », obs. sous Cass. fr. com. 5 octobre 2004 et Cass. fr. com. 3 novembre 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 228 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 521-530, n^{os} 714-726.

[2668] Cass., 7 octobre 2001, *Pas.*, 2011, p. 2148, spéc. p. 2154.

[2669] N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », *L.P.A.*, 3 juin 2004, p. 4.

[2670] Voy. dans le cadre de la cession de contrat. V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 272, n° 206, pp. 289-290, n° 223. *Adde* : Comm. Hasselt (Prés.), 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, p. 95.

[2671] Voy. not. sur la question de la force majeure dans les fusions : Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 191-202, n^{os} 23-32 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 157-160, n° 28 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 341-348, n^{os} 509-517 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 256-262.

Tout d'abord, la force majeure requiert l'existence d'un obstacle insurmontable[2672] et indépendant de la volonté de la partie qui s'en prévaut[2673]. Le rejet de ce mode de dissolution se comprend alors aisément, puisque la fusion a toujours un caractère volontaire[2674] : elle ne constitue donc pas, en principe, un événement indépendant dans le chef de l'absorbante[2675]. Le législateur a rallié cette opinion pendant l'élaboration de la loi du 29 juin 1993. Lors des débats en commission, le représentant du ministre de la Justice a ainsi remarqué « [qu'au] cas où par suite de la fusion l'exécution d'une convention conclue par la société absorbée deviendrait impossible ou serait contraire à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, l'article 1184 du même code serait applicable. *Il en résulte que pour ces sociétés la fusion ne constitue pas un cas de force majeure* »[2676].

La théorie de l'imprévision suscite également le débat : si certains auteurs plaident pour sa consécration[2677], la Cour de cassation en a rejeté l'existence dans plusieurs arrêts[2678], sauf dans certains domaines particuliers tels que celui de la vente internationale de marchandises[2679]. Par un arrêt du 14 avril 1994, la Cour de cassation a effectivement considéré que « la règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance »[2680]. En outre, dans sa conception actuelle, l'imprévision ne permet la révision du contrat qu'en présence d'un changement de circonstances imprévisible, non imputable à la partie qui l'invoque et qui bouleverse l'économie contractuelle[2681] : ainsi les critères d'imprévisibilité et d'indépendance font-ils défaut lors de la survenance d'une fusion[2682].

431. Interdiction de l'abus de droit comme succédané à l'imprévision. – Une partie de la doctrine tempère l'absence de l'imprévision par le principe de l'interdiction de l'abus de droit.

Certains auteurs pensent que le cocontractant de l'absorbée commet un abus de droit quand il demande l'exécution d'une convention devenue incompatible avec un autre engagement issu du patrimoine de l'absorbante[2683]. Selon K. Geens, « si la société à dissoudre a pris un engagement

---

[2672] Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 492 ; Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 408 ; Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 285 ; Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782 ; Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388.
[2673] Cass., 18 septembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1357 ; Cass., 29 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1584 ; Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 390.
[2674] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 171, n° 7.
[2675] Voy. not. à ce sujet : F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1223, n° 58 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, p. 260.
[2676] Nous soulignons. Voy. : *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.
[2677] S. VAN LOOCK, « De imprevisieleer in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra*? », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 446 et suivantes ; D. PHILIPPE, « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 738 et suivantes.
[2678] Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 505. Voy. dans le même sens : Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884 ; Cass., 30 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 744 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365.
[2679] Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.
[2680] Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365, spéc. p. 377.
[2681] D. PHILIPPE, « L'imprévision », *J.T.*, 2007, p. 738.
[2682] F. GEORGE, « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 1223, n° 58.
[2683] K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 173, n° 136 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 157, n° 27 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la

qui est inconciliable avec un contrat conclu par la société bénéficiaire, une solution préalable peut être négociée. En cas d'échec, les principes de la bonne foi peuvent imposer au tiers de ne plus demander l'exécution d'un contrat qu'il avait conclu avec la société dissoute si celui-ci est inconciliable avec certains engagements pris par la société bénéficiaire »[2684]. Dans ces circonstances, s'il apparait que le cocontractant de l'absorbée ne retire qu'un avantage minime à la demande d'exécution du contrat, les juridictions peuvent lui substituer la résolution judiciaire[2685].

Nous souscrivons à ces principes. Il nous semble que le cocontractant de l'absorbée peut aussi commettre un abus de droit lorsqu'il demande à l'absorbante d'exécuter la convention transmise au point d'entrainer sa ruine : le contrat ne revêt alors plus aucune utilité économique dans le chef de l'absorbante[2686]. Par exemple, si un fournisseur ressort affaibli d'une absorption et qu'il demande à ses distributeurs de renégocier leur contrat afin d'éviter la faillite, réclamer l'exécution en nature envers et contre tout peut revenir à commettre un abus de droit[2687]. Dans ce cas de figure, Fr. T'Kint et I. Corbisier pensent « [qu'il] ne fait aucun doute, à notre sens, que l'application de cette sanction [*i.e.* de l'abus de droit] peut équivaloir, le cas échéant, à une adaptation du contrat par le juge, pour fixer les limites de l'usage "normal" du droit considéré »[2688].

B. Place de la caducité par la perte de l'objet, de la caducité par la disparition de la cause subjective et de résolution du contrat à l'occasion d'une fusion par absorption

432. Référence à la caducité par disparition de l'objet. – La disparition de l'objet d'une obligation entraine sa caducité lorsque cette perte crée une impossibilité d'exécution définitive[2689] ou durable[2690] ; de même, selon certains, la caducité d'un droit se conçoit quand la perte de son objet rend la prestation corrélative du cocontractant impossible à exécuter[2691] (*supra*, n° 415).

À notre sens, la caducité par disparition de l'objet justifie la dissolution de plein droit des obligations souscrites par l'absorbée si son dirigeant effectif, son actionnaire de référence ou un

---

protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 196-197, n° 28.

[2684] K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 157, n° 27.

[2685] Les sanctions de l'interdiction de l'abus de droit permettent effectivement au cours et tribunaux de substituer un remède par un autre. Voy. not. : Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602 ; *R.C.J.B.*, 1991, p. 5, note M. FONTAINE.

[2686] Voy. sur le rapport entre l'interdiction de l'abus de droit et la perte de l'utilité économique du contrat : Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643. Voy. not. en doctrine : G. DEMARÉ, *Onvoorziene omstandigheden: de macht van verwachtingen*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 64-65, n° 72 ; J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010, obs. sous Cass. 14 octobre 2010, *D.A.O.R.*, 2012, pp. 9-12, n[os] 9-11 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 141-142, n° 135.

[2687] Voy. not. pour un cas d'apport d'universalité : Dijon, 8 avril 2010, *J.C.P.*, E, 2010, p. 1412.

[2688] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 196-197, n° 28.

[2689] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.

[2690] Voy. not. à cet égard : P.A. FORIERS, « Caducité par perte de l'objet d'une obligation et par disparition de sa raison d'être », obs. sous Cass. 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 523-524, n° 10 ; R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 158, n° 13. Voy. dans le même sens, selon les termes de la Cour de cassation, dans le domaine de la force majeure : Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

[2691] Voy. not. à ce sujet : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 156-157, n° 13. Voy. not., dans le domaine du contrat de bail et de l'impossibilité de jouir des lieux loués : Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270.

agent d'exécution justifie un *intuitus personae* au sens strict et que la fusion implique son départ. C'est ce que plusieurs auteurs appellent le « bouleversement de l'organisation de l'entreprise »[2692].

Encore faut-il comprendre la portée de ces propos. En effet, les dirigeants et les agents d'exécution de la société absorbée continuent normalement à officier au sein de l'absorbante ; les articles 12:2 et 12:3 du Code des sociétés et des associations prévoient également que les associés des sociétés dissoutes deviennent actionnaires de la société absorbante. Une fusion par absorption n'implique donc pas, en principe, le départ des personnes à la base du caractère *intuitu personae* au sens strict des droits ou des obligations de la société absorbée[2693]. Selon F. Mourlon Beernaert, il apparait « [qu'un] contrat conclu avec un cabinet d'architecture précis, en raison d'une œuvre particulière qu'il a réalisée auparavant, sera conclu *intuitu personae sensu stricto* avec une société. Pourtant, une nouvelle fois, il est impensable en pratique que ce contrat ne soit pas transmis en cas de fusion, pour autant que la société absorbante soit en mesure de réaliser l'œuvre souhaitée »[2694] ; aussi K. Geens pense-t-il que « Si une société civile professionnelle de médecins est dissoute en vue d'une fusion par absorption, son meilleur chirurgien-associé dont l'habilité était l'objet de tant de conventions de soins médicaux occupera la même position dans la société bénéficiaire »[2695].

Toutefois, ce raisonnement n'a pas un caractère absolu : il arrive que certains dirigeants de la société absorbée décident de la quitter à la suite de la fusion ; l'absorbée peut décider de licencier certains membres de son personnel à l'occasion de cette opération. Dans ce cadre, le départ d'un dirigeant effectif ou d'un agent d'exécution à la base d'un *intuitus personae* au sens strict peut rendre l'objet des obligations de l'absorbée matériellement impossible à exécuter de façon satisfactoire dans le chef de la société absorbante[2696]. Ces obligations tombent faute d'exécutant. Ce raisonnement s'applique également aux droits de la société absorbée. Par exemple, un dirigeant effectif nanti de qualités de gestion exceptionnelles et d'une réputation particulière peut se réifier dans le droit de faire appel au crédit dont jouit la société absorbée[2697]. De la sorte, il convient d'admettre que son départ rend ce droit impossible à exercer et, de ce fait, rend l'obligation corrélative de mise à disposition des fonds de la banque matériellement impossible à exécuter.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 5 octobre 1988 illustre cette idée[2698]. Les obligations d'une agence de publicité – BBDO – revêtaient un caractère *intuitu personae* au sens

---

[2692] Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 346, n° 514. Voy. not. dans le même sens : Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 199-201, n° 31 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 157-159, n° 28.

[2693] K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 133, n° 176 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 291, n° 428.

[2694] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 35.

[2695] K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 158, n° 28.

[2696] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 199-201, n° 31 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 157-159, n° 28.

[2697] Voy. sur l'importance des qualités de gestion, de la réputation et de l'expérience d'un dirigeant d'une société candidate à l'octroi d'un crédit : A.F.M.E., « Lever des fonds pour les petites et moyennes entreprises. Guide pratique du financement bancaire, obligataire et par actions », Éd. de septembre 2015, p. 12, www.afme.eu ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de Services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 39-42.

[2698] Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.

strict en raison des qualités artistiques spécifiques de ses employés. Plusieurs membres du personnel de cette société décident de partir lors de sa fusion. Le cocontractant de BBDO constate alors la dissolution du contrat de publicité, parce qu'il estime que la société absorbante ne peut plus exécuter ses obligations de façon satisfactoire sans ces employés. La société absorbante l'assigne en dommages et intérêts. La Cour d'appel de Bruxelles n'a pas fait droit à cette demande. Tout d'abord, elle a constaté que « *de medecontractanten van BBDO met die vennootschap contracteerden gelet op* heel specifieke eigenschappen *van onderneming die grotendeels te danken waren aan het creatief talent en de kwaliteiten van het tewerk gestelde personeel* »[2699]. Ensuite, la Cour a ajouté « *dat er op 5 januari 1984 geen twijfel kon bestaan dat die personeelsleden niet meer effectief voor BBDO konden presteren;* dat dit voor gevolg had dat de publiciteitovereenkomst in werkelijkheid niet meer kon uitgevoerd worden »[2700]. Partant, la Cour a confirmé que la fusion de la société de publicité a entrainé l'impossibilité d'exécuter ses obligations et donc leur dissolution.

433. Référence à la caducité par disparition de la cause subjective. – Selon nous, à titre exceptionnel[2701], la disparition de la cause subjective d'un acte juridique entraine sa caducité dès lors que cette perte implique une impossibilité définitive[2702] ou à tout le moins durable d'exécution[2703]. Cette dernière s'apprécie à la lumière de la volonté des parties[2704], du libellé de l'objet de leurs obligations[2705] ou encore de l'objectif qu'elles poursuivent[2706] (*supra*, n° 416).

1° La *rupture de la confiance déterminante* se trouve parfois à la source de la caducité par disparition de la cause subjective de l'engagement du cocontractant de l'absorbée.

Il arrive que les actes d'une partie rompent la confiance que son cocontractant lui portait au point de constituer un motif grave de rupture[2707]. Un tel motif existe à partir du moment où ces actes créent un obstacle psychologique à l'exécution des obligations de la partie qui y est confrontée[2708] : certains admettent que la disparition de la cause subjective – la confiance déterminante – débouche alors sur une impossibilité morale durable d'exécution, de sorte que la partie victime du motif grave peut résilier le contrat sans délai raisonnable de préavis[2709]. Lors d'un

[2699] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 885).
[2700] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 886).
[2701] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168.
[2702] Voy. par référence à la caducité par disparition de l'objet d'une obligation : Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.
[2703] Voy. sur la notion d'impossibilité durable d'exécution : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 156-157, n° 13.
[2704] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.
[2705] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616.
[2706] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.
[2707] Voy. not. en doctrine à ce sujet : W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127, n° 118.
[2708] Voy. not. sur la notion de motif grave de rupture : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127, n° 118 ; J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190.
[2709] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127, n° 118. Voy. not. en jurisprudence belge : J.P. Zottegem-Herzele, 6 mai 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 399, *R.W.*, 2010-2011, p. 1450 (contrat d'avocat). Voy. not. en jurisprudence française : Paris, 7 novembre

arrêt du 7 novembre 1996, la Cour d'appel de Paris a ainsi admis qu'un concédant puisse résilier le contrat à la suite de l'entrée de son principal concurrent dans le capital de son concessionnaire, dans la mesure où « le refus d'éclaircissements qui s'imposaient et la confirmation implicite par le nouveau directeur [du concurrent] de l'atteinte à venir à l'exclusivité d'approvisionnement […] *mettaient un terme à la confiance* qu'elle avait dans [le concessionnaire] et compromettaient la confidentialité de ses secrets de fabrication et son développement économique »[2710].

Une partie de la doctrine reconnait que ces principes s'appliquent également à la fusion[2711]. Fr. T'Kint et I. Corbisier écrivent, à ce sujet, que « L'existence d'une relation de confiance entre les parties constitue l'une des justifications légitimant le recours au procédé de la résiliation unilatérale. Il nous semble que l'irruption de la société absorbante ou bénéficiaire de la scission dans le cercle contractuel où la relation de confiance instaurée entre les parties revêt un caractère essentiel pourrait donner lieu à l'exercice d'un droit de résiliation unilatérale dans le chef de la partie dont la confiance est ébranlée »[2712]. Plusieurs députés ont envisagé cette possibilité lors de l'élaboration de la loi du 29 juin 1993. Le cas de la fusion d'un membre d'une association en participation – l'actuelle société simple – le montre[2713]. Dans ce contexte, il est admis que la fusion rompt durablement la confiance déterminante dans le chef du cocontractant de l'absorbée « [lorsqu'il] se trouve des circonstances où la poursuite de l'association en participation avec la société absorbante sera tout à fait impensable et inconcevable pour l'associé contractant, ne fût-ce que par exemple, parce qu'il est *en concurrence directe* avec la société absorbante »[2714].

2° En outre, la disparition de la cause subjective résulte parfois de *la perte durable d'une qualité intuitu personae* au sens large en lien avec l'objet des obligations de la société absorbée[2715].

La perte d'une telle qualité déterminante s'observe lorsqu'un agrément ou une certification constitue le mobile déterminant de l'engagement du cocontractant de l'absorbée[2716] : ainsi une firme pharmaceutique peut-elle exiger, par exemple, que son partenaire de recherche et développement dispose de la certification ISO 13485 pour lui développer et lui fournir des

---

1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON (contrat de concession) ; T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189 (contrat d'édition) ; T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, 1974, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR (contrat de concession exclusive).

[2710] Paris, 7 novembre 1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON

[2711] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 199, n° 30 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 260-262.

[2712] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 199, n° 30.

[2713] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, p. 9.

[2714] *Ibidem*. Voy. sur cet exemple classique en doctrine : H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, p. 261.

[2715] Une société peut contracter avec une autre en raison de sa nationalité ou de sa forme juridique. En règle, la perte d'une telle qualité ne rend pas les obligations de cette société impossibles à exécuter. Partant, selon certains auteurs français, il faut constater un lien entre la qualité et l'objet des obligations de la société afin d'admettre une impossibilité d'exécution. Voy. not. à ce sujet : F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 160-161, n° 133 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 369-370, n° 532 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 302, n° 308.

[2716] Voy. sur la question de la perte des agréments dans les fusions : P. DE WOLF et Ph. COENRAETS, « Le sort des autorisations et des agréments administratifs en cas de fusion par absorption de sociétés », *Amén.*, 1999, pp. 3-17.

produits[2717]. S'il apparait que la société absorbée perd durablement cette qualité à l'occasion de la fusion, l'absorbante ne pourra plus exécuter les obligations transmises de façon satisfactoire. Le cocontractant de l'absorbée pourra alors constater la dissolution de ses obligations dont la cause subjective a durablement disparu. Un examen concret s'impose pour déterminer le sort de l'agrément à la suite d'une fusion[2718]. Dans un arrêt du 30 avril 1998, le Conseil d'État a constaté que si « l'absorption de la S.A. CETEM par la S.A. P.A.G.E. a eu pour conséquence que l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée est transféré à la société absorbante, encore faut-il relever que l'agrément est, au regard des conditions requises pour l'obtenir, accordé *intuitu personae* de sorte qu'il n'est pas *ipso facto* transféré à la société absorbante comme c'est le cas pour l'ensemble du patrimoine »[2719]. Partant, « [à] défaut d'avoir été agréée, la S.A. P.A.G.E. ne pouvait recevoir l'autorisation attaquée [*i.e.* de poursuivre son activité et donc ses contrats] »[2720].

En revanche, la disparition de la solvabilité de la société absorbée n'entraine pas la dissolution de plein droit, même si le contrat a érigé cette qualité au rang d'élément déterminant du consentement de l'autre partie : les dispositions du Code des sociétés et des associations prévoient une procédure de fixation des sûretés quand le cocontractant de l'absorbée doute de la solvabilité de l'absorbante. Selon l'article 12:15, aliéna 1er, « Au plus tard dans les deux mois de la publication Aux annexes du *Moniteur belge* des actes constatant la fusion ou la scission, les créanciers de chacune des sociétés qui participent à la fusion ou à la scission, dont la créance est certaine avant cette publication mais n'est pas encore exigible ou dont la créance a fait l'objet d'une action introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'acte constatant la fusion ou la scission, peuvent exiger une sûreté, nonobstant toute disposition contraire ». Toutefois, le contrat peut contenir une stipulation autorisant le créancier à le suspendre, à le résilier ou à exiger le paiement immédiat de sa créance quand la fusion augmente anormalement le passif de la société absorbée[2721]. L'exercice de cette clause contractuelle reste soumis au principe général de l'interdiction de l'abus de droit[2722].

434. Référence à la résolution judiciaire ou par déclaration du contrat. – La résolution judiciaire requiert un contrat synallagmatique[2723], une mise en demeure du créancier[2724] et une faute

[2717] Voy. sur cette sorte de qualité objective : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. p. 196, n° 421 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 46-47, n° 63 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 170, n° 305.

[2717] P.-D. CERVETTI, « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, p. 555-556.

[2718] P. DE WOLF et Ph. COENRAETS, « Le sort des autorisations et des agréments administratifs en cas de fusion par absorption de sociétés », *Amén.*, 1999, p. 15.

[2719] C.E., 30 avril 1998, n° 73.382, http://www.raadvst-consetat.be.

[2720] *Ibidem*, spéc. p. 16.

[2721] Voy. not. : Comm. Bruxelles 25 février 1980, *R.P.S.*, 1980, p. 162 (exigibilité immédiate) ; Cass., 17 janvier 2011, *R.D.C.*, 2013, p. 617, note P. PROESMANS (clause de suspension et de résiliation dans un contrat de crédit). Voy. not. en faveur de la caducité par disparition de la cause subjective en raison de l'ébranlement de la solvabilité de l'absorbée ou de l'absorbante : Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 346, n° 514.

[2722] Cass., 17 janvier 2011, *R.D.C.*, 2013, p. 617, note P. PROESMANS.

[2723] Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 438 ; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 240. Voy. not. à ce sujet : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 192, n° 269 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 625-626, n° 662.

[2724] Voy. not. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 628, n° 665 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 407-408, n° 25.

contractuelle grave du débiteur[2725]. Par ailleurs, dans son arrêt du 23 mai 2019[2726], la Cour de cassation a consacré la résolution du contrat par déclaration du créancier. Cette dernière suppose l'existence d'une faute contractuelle grave apte à justifier la résolution judiciaire, une notification de la décision au débiteur[2727] et une mise en demeure du créancier[2728] (*supra*, n[os] 356-359).

1° Tout d'abord, selon d'aucuns, le cocontractant de la société absorbée peut résoudre le contrat transmis à l'absorbante dès lors que la fusion porte atteinte à un devoir de bonne foi[2729].

Ces propos se comprennent notamment lorsqu'il existe un *devoir de collaboration loyale* entre les cocontractants. Un tel devoir découle d'une exigence de bonne foi renforcée présente au sein de certains contrats *intuitus personae* au sens strict fondés sur un haut degré de confiance : ce principe se vérifie, par exemple, dans certains contrats de franchise[2730] ou de concession exclusive[2731] dans lesquels les cocontractants collaborent étroitement. Dans cet ordre d'idées, comme l'enseignent M. et S. Willemart, « il n'est pas interdit de penser que l'existence d'un contrat de concession peut parfois entraîner implicitement des engagements équivalents de bonne conduite, en application des articles 1134 et 1135 du Code civil ; dans cette hypothèse, le manquement à de tels engagements est une faute contractuelle susceptible de justifier la rupture »[2732].

En pratique, il arrive que la fusion porte atteinte à un devoir de collaboration loyale existant entre l'absorbée et son cocontractant. Il s'agit d'une faute contractuelle qui ébranle la confiance entre les parties et qui participe donc à la disparition de l'utilité économique du contrat. Cette faute présente alors une gravité suffisante pour justifier la résolution aux torts de l'absorbante[2733].

[2725] Cass., 28 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2062 ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1979.

[2726] Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474, note S. STIJNS et S. JANSEN.

[2727] *Ibidem*.

[2728] Voy. not. sur l'exigence de mise en demeure dans cette forme de résolution : S. STIJNS et P. WÉRY, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, p. 24, n° 5 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 488, n° 24.

[2729] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 198-199, n° 29 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 158-19, n° 28 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, p. 262. Voy. dans le même sens : *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.

[2730] P. KILESTE et C. STAUDT, « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 5, n° 7 ; S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 68, n° 88.

[2731] D. PUTZEYS, B. DE GRAEUWE et B. DUMORTIER, « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 104-105 ; P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 39-40, n° 39.

[2732] S. WILLEMART et M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2[e] éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 143. Voy. dans un sens similaire : P. KILESTE et C. STAUDT, « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 5.

[2733] Voy. not. dans cette perspective : S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 68, n° 88 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 198-199, n° 29 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, p. 262.

Certains députés ont envisagé cette idée pendant l'élaboration de la loi du 29 juin 1993 : tel est le cas si « trois entreprises qui [sont] actionnaires d'une société à parts égales, c'est-à-dire sans que l'une d'elles dispose d'une majorité imposant ses vues aux autres. Si deux entreprises actionnaires fusionnent entre elles, la troisième, tiers par rapport à la fusion, se retrouvera dans une position minoritaire tout à fait inconfortable et inacceptable »[2734]. Dans ce cas, puisque « la convention [est] contraire à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, l'article 1184 du même Code serait applicable »[2735]. Le cocontractant de l'absorbée peut donc, en principe, invoquer la résolution[2736].

Il convient de remarquer qu'il existe une interaction entre la caducité par la disparition de la cause subjective et la résolution de la convention. Ces deux modes de dissolution permettent de sanctionner la rupture de la confiance dans des situations relativement identiques (*supra*, n° 433).

2° Ensuite, il apparait que l'article 1184 du Code civil permet de remédier à la *perte temporaire d'une qualité déterminante* de l'absorbée et à une inexécution résultant d'une convention de l'absorbante *inconciliable avec les obligations* contractuelles de l'absorbée[2737].

Tout d'abord, à l'inverse de la caducité, la mise en œuvre de la résolution ne suppose qu'une impossibilité temporaire d'exécution[2738]. Lors d'une fusion, la disparition temporaire d'une qualité déterminante de la société absorbée peut donc justifier la résolution, pour autant que cette perte entraine une inexécution contractuelle grave. Selon nous, la suspension d'un agrément nécessaire à l'exécution des obligations contractuelles de l'absorbée illustre cette idée : si une société de développement médical voit sa certification ISO 13485 suspendue à la suite de sa fusion, son distributeur ne peut plus vendre des produits estampillés de cette norme et perd donc toute l'utilité économique qu'il retirait du contrat[2739] ; tel est aussi le cas si un distributeur absorbant ne répond pas aux critères du réseau du fournisseur de son absorbé. En effet, L. du Jardin confirme que « les critères de sélection, dont la validité implique qu'ils soient nécessaires et proportionnés, s'imposent d'emblée comme des obligations essentielles. Leur violation n'est-elle pas nécessairement (nous serions tenté de dire "par définition") un manquement "suffisamment grave" ? »[2740].

Ensuite, selon les termes employés par le représentant du ministre de la Justice lors de l'élaboration de la loi du 29 juin 1993, si « les sociétés se mettaient dans l'impossibilité d'exécuter une convention transférée par l'effet de la transmission universelle, par exemple en raison de l'existence dans le chef d'une société absorbante d'une autre convention incompatible avec la première, la résolution du contrat pourrait être selon le droit commun demandée en justice »[2741]. Il

---

[2734] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, p. 10.
[2735] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.
[2736] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 198-199, n° 29 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 261-262.
[2737] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22. Voy. dans le même sens : Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 198-199, n° 29.
[2738] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 207, n° 35.
[2739] Voy., dans le même sens, dans le droit commun de la résolution judiciaire : J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, p. 462, n° 20.
[2740] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 174, n° 241.
[2741] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.

est vrai que les contrats de l'absorbante ne se concilient pas toujours avec ceux de son absorbée[2742] : ainsi un fournisseur peut-il, par exemple, résoudre le contrat conclu avec son distributeur absorbé lorsque la société absorbante se trouve liée par une clause d'exclusivité envers un autre fournisseur.

§3. – Aperçu des effets de l'intuitus personae sur la transmission de certaines sûretés personnelles lors d'une fusion par absorption

435. Transmission du mandat d'hypothéquer et du cautionnement. – La transmission de certaines sûretés personnelles pose question lors d'une fusion. L'*intuitus personae* constitue parfois une source de difficultés. Nous en donnerons un aperçu dans ce point. Tout d'abord, il convient d'avoir égard au sort du mandat irrévocable d'hypothéquer à la suite de l'absorption de l'établissement de crédit créancier des promesses d'hypothèque (*infra*, n° 436). Ensuite, il apparait que l'*intuitus personae* peut avoir un effet sur la transmission du cautionnement dans l'hypothèse où le débiteur principal et le créancier se font absorber par une autre société (*infra*, n^{os} 437-438**)**.

436. Transmission des mandats hypothécaires de la société absorbée. – En pratique, lorsqu'une banque fait confiance à son client, la promesse d'hypothèse représente un moyen rapide et économe pour constituer une sûreté[2743]. Dans ce cas de figure, afin de prévenir tout risque d'inexécution de la promesse, les établissements de crédit la renforcent souvent par un mandat hypothécaire : il s'agit de la convention par laquelle le client – le mandant – confère un mandat à un fondé de pouvoir de la banque – le mandataire – afin de constituer une hypothèque en faveur d'un tiers créancier – la banque – à sa première demande en garantie de ses obligations[2744].

Il convient de s'interroger sur le sort du mandat hypothécaire quand l'établissement de crédit du mandataire – la banque créancière des promesses – se fait absorber par une autre société.

L'article 77, 3°, de la loi bancaire du 25 avril 2014 oblige les établissements de crédits à solliciter l'autorisation préalable de leur autorité de contrôle lorsqu'ils envisagent de fusionner ou de se scinder[2745]. Dans cette perspective, après approbation de l'opération de restructuration, l'article 78 de la loi bancaire indique que « Toute cession totale ou partielle entre établissements de crédit ou entre de tels établissements et d'autres institutions financières des droits et obligations résultant des opérations des établissements ou entreprises concernés et autorisée conformément à l'article 77 est opposable aux tiers dès la publication au Moniteur belge de cette autorisation ». Par application des règles régissant la transmission universelle de patrimoine des sociétés lors de leur fusion, il nous semble donc que la « cession » porte sur tous les droits issus du patrimoine de

---

[2742] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 198-199, n° 29 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 156-157, n° 27; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 261-262.

[2743] Voy. not. sur la promesse d'hypothéquer en droit belge : M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 587, n° 1415 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 307, n° 608.

[2744] Voy. sur cette définition du mandat d'hypothéquer : M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 588, n° 1418 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 309, n° 6014.

[2745] Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse (citée comme : loi bancaire), *M.B.*, 7 mai 2014.

l'absorbée, c'est-à-dire sur les créances provenant des mandats hypothécaires dont elle jouit et que ses fondés de pouvoir – les mandataires de la banque – doivent exécuter en sa faveur[2746].

Toutefois, dans certaines circonstances, la transmission du mandat hypothécaire peut poser question. Il arrive que la fusion par absorption porte atteinte à l'organisation de l'absorbée : son fondé de pouvoir peut ainsi la quitter à la suite de cette opération. L'exécution des obligations issues du contrat se conçoit difficilement lorsque le mandat hypothécaire ne comporte qu'un seul représentant *nommément désigné* dans la convention : la banque ne peut effectivement plus donner d'ordres à son employé parti à la suite de la fusion. Selon nous, la dissolution du mandat peut se concevoir, car ce contrat ne présente plus réellement d'utilité pour le mandant, le mandataire et la banque qui en bénéficie. Cette convention perd d'autant plus sa raison d'être à partir du moment où il existait un haut degré de confiance entre le client et le mandataire : ainsi en est-il pour les mandats hypothécaires conférés à des agents bancaires proches de leurs clients, qui collaborent depuis longtemps avec eux. En pratique, afin de pallier cette difficulté, les établissements de crédit désignent souvent plusieurs mandataires hypothécaires ou prévoient la continuation du mandat avec le remplaçant du fondé de pouvoir initial disparu à la suite de la fusion par absorption[2747].

437. Transmission du cautionnement lors de l'absorption du débiteur principal. – La transmission d'un cautionnement *omnibus* suscite le débat en droits belge[2748] et français[2749] lors d'une fusion. Ce constat se vérifie notamment à propos de l'absorption du débiteur principal.

Certains auteurs pensent alors que l'obligation de couverture de la caution prend fin au détriment de la société absorbante. Cette opinion s'expliquerait par la dissolution du débiteur à l'occasion de son absorption : la caution s'engagerait, lors de la conclusion du contrat, à garantir toutes les dettes de l'absorbée et non celles d'une autre société[2750]. G.-A. Dal et M. Van den Abbeele résument cette idée, en écrivant que « sauf convention contraire, la caution n'est pas tenue de garantir les dettes postérieures à l'absorption au profit de la société absorbante, la fusion entraînant la disparition de la société absorbée »[2751]. De ce fait, la disparition du débiteur principal

---

[2746] Voy., en ce sens, sous l'ancienne réglementation : M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 594, n° 1433 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *T. Not.*, 1998, p. 356, n° 20.

[2747] Dans un sens similaire : E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *T. Not.*, 1998, p. 351, n° 13.

[2748] Voy. not. en droit belge : F. GEORGE, « Fusion de sociétés et cautionnement », obs. sous Cass. fr. com. 28 février 2018, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, pp. 74-80 ; J. BRADT et S. BUYSSE, « Het beëindigen van de borgtocht », in *Borgtocht: een rechtsfiguur met veel facetten, I. Van den Bosch* (éd.), Gand, Larcier, 2015, pp. 337-346, n^{os} 717-727 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, pp. 338-355, n^{os} 640-671 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *T. Not.*, 1998, pp. 359-363, n^{os} 26-32 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 210-212, n^{os} 45-47.

[2749] Voy. not. en droit français : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 11^{e} éd., Paris, L.G.D.J., 2017, pp. 153-155, n^{os} 274-276 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2010, pp. 718-721, n^{os} 1024-1027 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4^{e} éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, pp. 706-710, n^{os} 702-705 ; O. TAFANELLI, « Maintien du cautionnement souscrit par le dirigeant d'une société absorbée : confirmation d'une jurisprudence ambiguë », *L.P.A.*, 17 septembre 2004, pp. 8 et suivantes.

[2750] E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 4^{e} éd., coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, 1999, pp. 248-249, n° 381 ; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABBEELE, « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1993, p. 244 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 153-154, n° 25. Voy. en droit français : Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4^{e} éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, p. 707, n° 702.

[2751] G.-A. DAL et M. VAN DEN ABBEELE, « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1993, p. 244.

entraine la libération de la caution pour l'avenir, même si cette dernière reste tenue de régler toutes les dettes antérieures à la fusion. La Cour de cassation française a également rallié cette opinion[2752].

Nous ne souscrivons pas à ce point de vue. En effet, en pratique, il apparait que le débiteur principal peut ressortir plus solvable de la fusion par absorption par rapport à sa situation antérieure. En outre, l'argument tiré de la disparition de la société absorbée ne convainc pas, car la transmission universelle a pour objectif de pallier – en droit – la discontinuité existant à la base – en fait – entre un auteur et son ayant cause[2753]. Selon l'article 2015 du Code civil, la dissolution de l'obligation de couverture de la caution s'apprécie donc au regard de la prévisibilité des dettes du débiteur. Dans un arrêt du 19 mai 2016, la Cour de cassation a décidé que « le cautionnement doit être interprété de manière restrictive en ce sens que la caution ne peut être considérée comme voulant s'engager qu'en vue de garantir les engagements qu'elle peut raisonnablement prévoir lors de la conclusion du cautionnement. Les juges d'appel, qui ont considéré que le cautionnement du 6 mars 1986 s'étendait à l'ensemble des dettes du débiteur principal à l'égard de la défenderesse, que ces dettes soient nées avant ou après la fusion du débiteur principal par absorption d'autres sociétés, sans examiner si le demandeur pouvait raisonnablement prévoir ce passif lors de la conclusion du contrat de cautionnement, ont violé l'article 2015 du Code civil »[2754].

À notre sens, la prévisibilité des dettes du débiteur principal s'apprécie *in concreto*. Par exemple, le fait que les parties aient érigé la solvabilité du débiteur en élément déterminant de leur engagement entre en ligne de compte ; si le dirigeant effectif du débiteur a déterminé l'engagement de la caution et que la fusion a provoqué son départ, la caution peut démontrer que cette perte a un impact sur la solvabilité du débiteur et donc sur la prévisibilité de ses dettes[2755]. M. Van Quickenborne suggère, à cet égard, que « *Weliswaar wordt de borgtocht, ook wat betreft de relatie tussen de borg en de hoofdschuldenaar, zelden* intuitu personae *aangegaan. Maar de beslissing van de borg om een bepaalde schuldenaar te waarborgen, wordt toch mede ingegeven door zijn inschatting van diens kredietwaardigheid en van het volume van het verwachten passief* »[2756].

438. Transmission du cautionnement lors de l'absorption du créancier. – Il convient également de s'interroger sur le maintien d'une convention de cautionnement pour toutes sommes à l'occasion de l'absorption du créancier. En pratique, cette question se pose à partir du moment où les établissements de crédit se restructurent en vertu des articles 77 et 78 de la loi bancaire.

[2752] Cass. fr. com., 28 février 2018, R.G. n° 16-18.692, www.courdecassation.fr. Voy. également en ce sens : Cass. fr. com., 17 juillet 1990, *R.P.S.*, 1992, p. 70, note F. T'KINT.

[2753] Voy. not. pour une critique similaire en droit belge : M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 352, n° 667 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 212, n° 46.

[2754] Cass., 19 mai 2016, *Pas.*, 2016, I, p. 1134, spéc. p. 1135. Voy. dans un sens similaire : Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 544, note H. DE WULF. Voy. en faveur du maintien de principe du cautionnement, sous certaines conditions telles que la caducité par disparition de la cause ou l'exigence de prévisibilité des dettes du débiteur principal absorbé : H. DE WULF, « Borgtocht en fusie: enkele opmerkingen », obs. sous Bruxelles 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, pp. 549-551 ; J. BRADT et S. BUYSSE, « Het beëindigen van de borgtocht », in *Borgtocht: een rechtsfiguur met veel facetten, I. Van den Bosch* (éd.), Gand, Larcier, 2015, pp. 343-344, n^{os} 722-724 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 302-305, n° 446.

[2755] J. BRADT et S. BUYSSE, « Het beëindigen van de borgtocht », in *Borgtocht: een rechtsfiguur met veel facetten, I. Van den Bosch* (éd.), Gand, Larcier, 2015, p. 344, n° 724 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 353, n° 668.

[2756] M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 353, n° 668.

La Cour de cassation française a décidé que l'obligation de couverture de la caution s'éteint avec la dissolution de la société créancière[2757]. Par exemple, dans un arrêt du 13 septembre 2001, elle a confirmé « qu'en cas de fusion de sociétés donnant lieu à une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des *dettes postérieures à la fusion* que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution à s'engager envers la nouvelle personne morale ; qu'en se bornant à affirmer, pour condamner Madame X…, que les "éléments qui ont déterminé l'engagement des cautions à garantir le crédit par signature demeurent que la dette soit exigible ou non" et que "le changement de créancier n'a pas pour effet, en soi, d'accroître l'engagement de la caution […] sans rechercher, comme elle y était invitée, *si la dette garantie n'était pas née postérieurement à l'absorption du créancier bénéficiaire du cautionnement*, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale » [2758]. De la sorte, lorsque le créancier se fait absorber, la caution ne doit assurer que son obligation de règlement : son intervention se limite à régler les dettes antérieures à la fusion du créancier.

Ce point de vue n'emporte pas la conviction. Selon nous, la fusion n'empêche pas la transmission des cautionnements qui garantissent les créances de la société absorbée. Dans le domaine bancaire, cette solution s'impose compte tenu des articles 77 et 78 de la loi du 25 avril 2014. La transmission de l'obligation de couverture se justifie également à la lumière du principe de la transmission universelle prescrit par l'article 12:13, 3°, du Code des sociétés et des associations : les sûretés forment des accessoires qui suivent la transmission des créances principales auxquelles elles se rapportent[2759]. Le fait que le créancier justifie l'*intuitus personae* ne constitue pas, en principe, un obstacle à la transmission du cautionnement[2760]. Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 25 février 2001 l'illustre[2761]. Dans cette affaire, concernant un apport d'universalité réalisé par la SA Kredietbank à la SA Cera Nieuw, la Cour a effectivement déclaré que « *De overdracht van de contracten, inbegrepen deze die gelden "*intuitu personae*", op de verkrijgende instelling is tegenwerpelijk aan derden van zodra de toestemming van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt. […] De*

[2757] Voy. not. : Cass. fr. com., 16 septembre 2014, *J.C.P.*, G, 2014, p. 1045, *D.*, 2014, p. 1873 ; Cass. fr. com., 19 février 2013, *J.C.P.*, E, 2013, p. 1175 ; Cass. fr. com., 13 septembre 2011, *Rev. sociétés*, 2012, p. 500, note J.-Fr. BARBIERI. Toutefois, dans certains cas, la Cour de cassation française a admis la transmission du cautionnement lors de la fusion du créancier :Cass. fr. com., 8 novembre 2005, *Bull. civ.*, 2005, IV, p. 234, n° 218, *J.C.P.*, 2006, I, 123, n° 17, obs. A.-S. BARTHEZ. Voy. également la transmission du cautionnement au nouveau propriétaire lors de la vente d'un immeuble : Cass. fr. ass. plén., 6 décembre 2004, *Bull. civ.*, 2004, ass. plén., p. 31, n° 14.

[2758] Nous soulignons (Cass. fr. com., 13 septembre 2011, *Rev. sociétés*, 2012, p. 500, note J.-Fr. BARBIERI). Cette approche ne fait pas l'unanimité en doctrine française. En effet, la plupart des auteurs estiment que sa rigidité entrave la stabilité du cautionnement et nuit même à son utilité en matière commerciale. Voy. not. sur cette critique : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, p. 154, n° 275 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2010, pp. 719-720, n° 1026 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, pp. 707-708, n° 703 ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD. civ.*, 2003, p. 20, n° 40.

[2759] F. GEORGE, « Fusion de sociétés et cautionnement », obs. sous Cass. fr. com. 28 février 2018, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, pp. 76-77, nos 11-12 ; J. BRADT et S. BUYSSE, « Het beëindigen van de borgtocht », in *Borgtocht: een rechtsfiguur met veel facetten, I. Van den Bosch* (éd.), Gand, Larcier, 2015, pp. 339-340, n° 718 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999, p. 347, n° 657 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *T. Not.*, 1998, p. 362, n° 30 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 211, n° 45 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 288, n° 424.

[2760] J. BRADT et S. BUYSSE, « Het beëindigen van de borgtocht », in *Borgtocht: een rechtsfiguur met veel facetten, I. Van den Bosch* (éd.), Gand, Larcier, 2015, p. 340, n° 718.

[2761] Gand, 25 janvier 2001, *T.R.V.*, 2004, p. 244, note M. WAUTERS.

omstandigheid dat aan de kredietnemer (en aan de appellant als borg) gevraagd werd om de kredieten te "herbevestigen" doet daaraan niets af en beïnvloedt de gevolgen niet die krachtens de wet voortvloeien uit een globale overdracht tussen kredietinstellingen »[2762].

Toutefois, le principe de la transmission de plein droit connait des limites. En effet, en droit français, une partie de la doctrine pense que la dissolution s'apprécie *in concreto* : selon A.-S. Barthez et D. Houtcieff, il faut donc « prendre en compte la modification *éventuelle* du "contexte" du cautionnement ou bien encore de contraindre la caution à démontrer le caractère déterminant du créancier initial ainsi que la disparition, chez le nouveau créancier, de cette qualité qui lui paraissait décisive » [2763]. La caducité des obligations de la caution par la perte de leur objet ou de leur cause reste donc possible : il s'agit notamment du cas lorsque le dirigeant effectif du créancier absorbé justifie un *intuitus personae* au sens strict et qu'il démissionne après la fusion par absorption[2764].

§4. – Conclusion intermédiaire

439. Dissolution du contrat *intuitu personae* en présence d'une clause contractuelle. – La transmission de plein droit du contrat *intuitu personae* constitue la règle à l'occasion d'une fusion par absorption. Toutefois, il arrive que les cocontractants limitent contractuellement ce principe.

La convention conclue par la société absorbée peut d'abord contenir une clause d'incessibilité : ainsi une telle clause peut-elle indiquer que « la société X ne pourra pas céder entre vifs ou à titre universel les droits et les obligations découlant pour elle du présent contrat ». Cependant, afin de garantir plus de flexibilité, les parties optent parfois pour une clause d'agrément : tel est le cas si les droits et les obligations ne sont pas « cessibles ou transférables que ce soit totalement ou partiellement, sans accord écrit du concessionnaire » (*supra*, n[os] 427-428).

Dans cette perspective, ces clauses contractuelles s'interprètent de façon stricte : si leur libellé se limite à interdire la cession *ut singuli* de la convention, elles ne font normalement pas obstacle à sa transmission lors d'une fusion par absorption ; de même, selon d'aucuns, la mise en œuvre de ces stipulations reste soumise à l'interdiction de l'abus de droit (*supra*, n[os] 427-428).

440. Dissolution du contrat *intuitu personae* en l'absence de clause contractuelle. – La transmission de plein droit du contrat *intuitu personae* connait certains tempéraments lors d'une fusion par absorption. En effet, les droits et les obligations de l'absorbée peuvent devenir impossibles à exécuter à cette occasion. La dissolution repose alors sur plusieurs fondements.

Tout d'abord, il existe un consensus pour rejeter l'existence d'une force majeure dans le chef de la société absorbante. Cette dernière ne peut jamais invoquer ce concept afin de constater la dissolution des obligations de l'absorbée à la suite de la fusion : cette opération a toujours un caractère volontaire et, de ce fait, elle ne s'avère pas indépendante de la volonté de l'absorbante. Ce constat explique aussi le rejet de l'imprévision. Toutefois, dans certaines circonstances, il est vrai que l'interdiction de l'abus de droit peut constituer un succédané adéquat (*supra*, n[os] 430-431).

[2762] *Ibidem*, spéc. p. 245.

[2763] A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2010, p. 720, n° 1026 (les deux auteurs soulignent).

[2764] Voy. en ce sens : R. LEDAIN SANTIAGO, *La circulation du cautionnement : contribution à l'étude du transfert à titre particulier et de la transmission à titre universel du contrat de cautionnement*, Windhof, Promoculture, 2014, pp. 186-187, n° 282 ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD. civ.*, 2003, p. 20, n° 40.

En revanche, la caducité par disparition de l'objet explique la dissolution de certains droits et de certaines obligations de l'absorbée à la suite de la fusion : ainsi en est-il lorsque son dirigeant effectif, son actionnaire de référence ou l'un de ses agents d'exécution justifie un *intuitus personae* au sens strict et qu'il part à l'occasion de cette opération. C'est ce que certains appellent le bouleversement de l'entreprise. Dans ce cas, ce départ rend les droits ou les obligations de l'absorbée matériellement impossibles à exécuter et entraine donc leur caducité (*supra*, n° 432).

De surcroit, la caducité par disparition de la cause explique la dissolution des contrats *intuitu personae* dès lors que la fusion rompt la confiance dans le chef du cocontractant de l'absorbée : cette idée se vérifie lorsque la fusion constitue un motif grave, c'est-à-dire un obstacle psychologique durable à l'exécution des obligations du cocontractant de l'absorbée. La disparition de la cause subjective – la confiance – débouche sur une impossibilité morale et justifie donc la résiliation de la convention. En outre, la caducité par disparition de la cause subjective s'envisage quand l'absorbée perd durablement une qualité déterminante à la suite de son absorption. L'absorbante ne peut effectivement plus exécuter les obligations transmises de façon satisfactoire dans ce cas, de sorte que l'engagement de son cocontractant tombe faute de cause (*supra*, n° 433).

Enfin, la résolution judiciaire ou par déclaration se conçoit lorsque la fusion entraine la méconnaissance d'un devoir de collaboration loyale entre l'absorbée et son cocontractant. Un tel devoir repose sur une conception renforcée de la bonne foi. Il se rencontre dans des contrats où la confiance atteint un haut degré d'intensité, c'est-à-dire un *intuitus personae* au sens strict. La résolution justifie la dissolution du contrat dans des hypothèses comparables à celles ressortissant de la résiliation pour motif grave. Par ailleurs, la résolution permet de remédier à la perte temporaire d'une qualité déterminante de l'absorbée et à une inexécution résultant d'une convention de l'absorbante inconciliable avec les obligations contractuelles de l'absorbée (*supra*, n° 434).

441. Effets de l'*intuitus personae* sur la transmission de certaines sûretés personnelles lors de la fusion par absorption. – Il arrive que la transmission de certaines sûretés personnelles pose des difficultés à la suite d'une fusion par absorption. L'*intuitus personae* y participe. Cette idée se vérifie, par exemple, pour la transmission du mandat d'hypothéquer et pour celle du cautionnement.

Le mandat d'hypothéquer dont bénéficie un établissement bancaire passe à la société absorbante lors de la fusion par absorption de celle-ci. Toutefois, il se peut que le mandat perdre son utilité à la suite d'une telle opération : ainsi en est-il lorsque le fondé de pouvoir *nommément désigné* dans le contrat quitte l'absorbée à la suite de la fusion. Si les parties n'ont pas réglé le sort du mandat dans ce cas, le départ du mandataire peut impliquer la dissolution (*supra*, n° 436).

Des difficultés se rencontrent à propos de la transmission du cautionnement pour toutes sommes. Selon nous, en dépit de certaines réticences, il convient d'admettre que la fusion par absorption du débiteur principal ou du créancier ne met pas automatiquement fin à l'obligation de couverture souscrite par la caution. Cependant, ce principe connait des exceptions. S'agissant de la fusion du débiteur, il s'agit du cas lorsque son absorption entraine un passif que la caution ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors de la conclusion du contrat. Cette exigence de prévisibilité s'apprécie, en règle, en fonction des caractéristiques du débiteur jugées déterminantes lors de la conclusion de la convention. Ensuite, en ce qui concerne la fusion de la société créancière du cautionnement, le départ de son dirigeant effectif ou de l'actionnaire de référence peut entrainer la caducité dès lors qu'il justifie un *intuitus personae* au sens strict (*supra*, n^{os} 437-438).

Conclusion du chapitre

442. Conception classique : dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* au décès et transmission de plein droit du contrat *intuitu personae* lors de la fusion par absorption. – Pour la doctrine classique, un contrat *intuitu personae* se dissout automatiquement au décès de la personne physique qui le justifie. En revanche, selon d'aucuns, les conventions *intuitu personae* se transmettent de plein droit à la société absorbante lors d'une fusion par absorption (*supra*, n° 397).

Cette approche conceptuelle connait plusieurs axes d'amélioration.

Tout d'abord, s'agissant de la mort d'une personne physique, la Cour de cassation a décidé qu'il n'existe pas de principe général du droit selon lequel un contrat *intuitu personae* prend fin de plein droit au décès d'une des parties. Une approche plus souple s'envisage donc. La considération de la personne n'explique d'ailleurs pas toujours la dissolution du contrat à la mort d'une partie à la lecture des travaux préparatoires du Code civil. En principe, lorsque c'est le cas, la dissolution se limite aux situations où le décès implique une impossibilité d'exécution (*supra*, n° 398).

La survenance d'une fusion par absorption peut également bouleverser l'organisation de la société absorbée. Dans certaines circonstances, il arrive que la société absorbante ne puisse plus exécuter les droits ou les obligations de l'absorbée de façon satisfactoire. Le contrat s'éteint alors de plein droit par la caducité par perte de l'objet ou par disparition de la cause, pour autant que l'impossibilité d'exécution ait un caractère définitif ; la résolution s'applique également lorsque la fusion entraine la méconnaissance d'un devoir de bonne foi ou quand le patrimoine de l'absorbante contient des engagements incompatibles avec les contrats conclus par l'absorbée (*supra*, n° 398).

En définitive, compte tenu de ces réflexions, nous avons conclu qu'il fallait appréhender concrètement les effets de l'*intuitus personae* dans le cadre de la transmission universelle. Si la dissolution automatique du contrat reste alors la règle à la mort de la partie justifiant ce caractère, rien ne s'oppose à ce que ses héritiers le recueillent quand ils disposent des qualités requises pour exercer ses droits ou exécuter ses obligations ; de même, rien ne fait obstacle à la dissolution du contrat *intuitu personae* lors d'une fusion quand il apparait *in concreto* que la société absorbante ne peut plus exécuter les obligations ou exercer les droits de la société absorbée (*supra*, n° 399).

443. Dissolution du contrat *intuitu personae* par le décès d'une personne physique. – Au décès d'une personne physique, la dissolution du contrat *intuitu personae* trouve sa source dans des dispositions spécifiques, dans la volonté des parties ou dans l'article 1122 du Code civil.

Les dispositions spécifiques prennent place dans des conventions variées tels que le contrat d'assurance, le contrat de travail, le contrat d'entreprise, le contrat de commodat ou encore le contrat de société. La *ratio legis* de certaines d'elles repose sur l'*intuitus personae*, tandis que d'autres se fondent sur des motifs étrangers à ce caractère. En outre, certains de ces articles ont un caractère supplétif : les cocontractants peuvent donc prévoir des clauses de continuation du contrat, des clauses d'agrément ou de présentation des héritiers au survivant (*supra*, n° 424).

En l'absence de disposition légale spécifique, il arrive que les cocontractants stipulent expressément ou implicitement que la mort de l'un d'eux mettra fin à la convention. Cette partie constitue alors une condition de l'engagement de son partenaire. Lorsqu'aucune clause ne règle les conséquences de la mort du cocontractant *intuitu personae*, la dissolution de plein droit du contrat se limite aux hypothèses où son décès rend ses droits impossibles à exercer ou ses obligations

impossibles à exécuter. Selon plusieurs auteurs, cette lecture de l'article 1122 du Code civil se fonde sur les principes de la force majeure, de la caducité par la perte de l'objet et de la caducité par disparition de la cause subjective. Dans cet ordre d'idées, le décès du cocontractant *intuitu personae* entraine la dissolution de la convention à partir du moment où il provoque une impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution. L'intensité et les formes de cet obstacle s'apprécient *in concreto* à la lumière des circonstances. Partant, rien ne s'oppose à la transmission d'un contrat *intuitu personae* quand les héritiers ont les qualités nécessaires pour exercer les droits ou exécuter les obligations de leur auteur en nature et de façon satisfactoire (*supra*, n° 425).

444. Dissolution du contrat *intuitu personae* par la fusion par absorption d'une personne morale. – En pratique, si la transmission de plein droit du contrat *intuitu personae* reste la règle à l'occasion d'une fusion par absorption, ce principe connait cependant plusieurs tempéraments.

Le contrat conclu par la société absorbée peut d'abord contenir une clause d'incessibilité ou une clause d'agrément. La première fait obstacle à la transmission du contrat à la société absorbante ; la deuxième octroie plus de liberté au cocontractant de l'absorbée, puisqu'elle lui permet de décider s'il veut continuer la relation contractuelle avec l'absorbante (*supra*, n° 439).

Les théories de la caducité par disparition de l'objet et de la cause subjective représentent un premier tempérament à la transmission de plein droit des conventions *intuitu personae* lors de la réalisation d'une fusion : la caducité par disparition de l'objet peut expliquer la dissolution des droits et des obligations de la société absorbée quand son dirigeant effectif, son actionnaire de référence ou un de ses agents d'exécution se réifie en leur sein et qu'il quitte la société à la suite de l'absorption ; la caducité par disparition de la cause subjective justifie également la dissolution de plein droit quand l'opération de restructuration fait perdre une qualité déterminante et nécessaire à l'exécution des obligations contractuelles de la société absorbée ; enfin, la caducité par disparition de la cause subjective peut fonder l'existence d'un droit de résiliation au profit du cocontractant de la société absorbée à partir du moment où la fusion représente un obstacle psychologique durable – c'est-à-dire un motif grave – à l'exécution de ses obligations contractuelles (*supra*, n° 440).

La résolution judiciaire ou par déclaration constitue un dernier tempérament à la transmission du contrat *intuitu personae* à l'occasion d'une fusion par absorption. En effet, l'article 1184 du Code civil permet au cocontractant de l'absorbée de résoudre la convention lorsque la fusion entraine la méconnaissance d'un devoir de collaboration loyale existant entre l'absorbée et son cocontractant ; lorsque la société absorbée perd temporairement une qualité déterminante et nécessaire à l'exécution de ses obligations contractuelles, de sorte que son cocontractant perd l'utilité économique qu'il retirait du contrat ; lorsqu'un engagement souscrit par l'absorbée devient incompatible avec une convention présente dans le patrimoine de l'absorbante (*supra*, n° 440).

En définitive, la transmission de certaines sûretés personnelles pose question en présence d'une fusion par absorption. Il arrive effectivement qu'un mandat irrévocable d'hypothéquer perde son utilité à partir du moment où le fondé de pouvoir de la société absorbée ne passe pas à l'absorbante et que le contrat ne prévoit pas plusieurs mandataires ni de faculté de substitution. En outre, s'agissant de l'absorption du débiteur principal, la dissolution de l'obligation de couverture de la caution suscite le débat au regard de l'article 2015 du Code civil ; de même, si la fusion du créancier ne dissout normalement pas le cautionnement conclu à son profit, certaines exceptions se conçoivent lorsque le dirigeant effectif justifie un *intuitus personae* au sens strict (*supra*, n° 441).

Chapitre 3. La dissolution du contrat *intuitu personae* par la faillite

Introduction du chapitre[2765]

445. Illustrations. – La doctrine et la jurisprudence invoquent régulièrement l'*intuitus personae* en présence d'une faillite : il est admis que cet événement dissout de plein droit les conventions nanties de ce caractère[2766]. Toutefois, en pratique, le fondement de cette solution reste fragile.

Trois exemples le démontrent.

Le domaine des prestations de services illustre ces propos. Par exemple, le caractère *intuitu personae* du contrat conclu entre un avocat et son client provoque-t-il sa dissolution, lors de la faillite de ce prestataire, bien que le curateur puisse se faire assister par un spécialiste de cette profession – un co-curateur – afin d'exécuter les obligations qui incombent au failli ?[2767]

Dans un contrat de société simple, la faillite d'un associé emporte-t-elle la dissolution totale de cette convention *intuitu personae* alors qu'il apparait concrètement que les autres associés peuvent exécuter les obligations qui lui reviennent sans en modifier le contenu initial ?[2768]

Enfin, s'agissant d'une convention de licence d'un logiciel innovant, la faillite du preneur entraine-t-elle la dissolution de ce contrat, sachant que l'*intuitus personae* repose sur des compétences techniques et sur la solvabilité qu'un repreneur pourrait très bien posséder ?[2769]

[2765] Ce chapitre constitue une version actualisée et remaniée de l'article que nous avons écrit avec notre collègue Madame Florence George (F. GEORGE et P. BAZIER, « Faillite et *intuitus personae* : un régime à redéfinir ? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 3-35 ; F. GEORGE et P. BAZIER, « Faillite et *intuitus personae* : un régime à redéfinir ? », in *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2017, pp. 573-633). Nous remercions Mme Florence George pour nous avoir autorisé à reprendre ce texte et à le modifier. Les changements intervenus par rapport à la version initiale nous engagent uniquement.

[2766] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431. Voy. not. à la suite de cet enseignement en doctrine : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1011-1012 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », obs. sous Cass. 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 245 ; R. VAN RANSBEECK, « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, p. 5 ; Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau, 1994, p. 316 ; A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, *Les concordats et faillites*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 433 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21. Voy. not. en jurisprudence sur cette approche : Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130 ; Liège, 28 mai 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 384 ; Mons, 10 septembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 362 ; Comm. Ypres, 29 juin 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 21 ; Comm. Courtrai, 3 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 378 ; Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.

[2767] B. CASTAIGNE, « Le droit de l'insolvabilité des titulaires de professions libérales », in *Réformes des droits de l'insolvabilité, de l'entreprise et des sociétés*, Limal, Anthemis, 2019, p. 103.

[2768] Voy. not. en jurisprudence belge : Liège, 22 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1419. Voy. not. en jurisprudence française : Cass. fr. req., 18 janvier 1881, *D.*, 1881, 1, p. 244. Cons. not. en doctrine : V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, Créadif, 1990, pp. 118-122.

[2769] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.

446. Plan du chapitre. **–** Ces exemples montrent que le principe de la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* ne s'impose pas avec la force de l'évidence lors d'une faillite.

Dans une première section, nous reviendrons sur les particularités qui régissent le droit de la faillite, dont le principe de la continuation des contrats en cours par le curateur. Nous exposerons la place classiquement attribuée à l'*intuitus personae* dans ce domaine par une partie de la doctrine et de la jurisprudence ; enfin, nous proposerons d'améliorer cette opinion (*infra*, n^{os} 447-461).

Ensuite, au sein d'une seconde section, nous construirons le régime de la dissolution des conventions *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite. Dans le même temps, nous exposerons les recours ouverts au curateur et au cocontractant du failli en l'absence de dissolution automatique de ces conventions conclues en considération de la personne (*infra*, n^{os} 462-483).

Section 1re. La conception classique de la dissolution du contrat *intuitu personae* par la faillite

447. Plan. – Nous entamerons cette première section par l'exposé des particularités de la faillite sur la continuation des contrats en cours depuis l'entrée en vigueur du Livre XX du Code de droit économique (**§1er**). Ensuite, dans un deuxième point, nous analyserons la place classiquement attribuée à *l'intuitus personae* lors d'une faillite (**§2**). Enfin, ces développements nous permettront de réfléchir sur la position classiquement retenue par la doctrine et la jurisprudence (**§3**).

§1er. – Particularités de la faillite sur la continuation des contrats en cours

448. Dessaisissement du patrimoine du failli, poursuite de son activité et sort des contrats en cours. – Le Code de droit économique reprend la plupart des mécanismes issus de la loi du 8 août 1997. Toutefois, une innovation majeure réside dans l'extension de la faillite aux titulaires de professions libérales, tels que les avocats, les médecins ou les architectes[2770]. Dans cette logique, il convient d'examiner les principes qui concernent le dessaisissement du patrimoine du failli (**A**), la poursuite de ses activités par le curateur (**B**) et le sort des contrats qu'il a conclus (**C**).

A. Dessaisissement du patrimoine du failli

449. Article XX.110 du Code de droit économique. **–** L'article XX.110 du Code de droit économique reprend la substance de l'ancien article 16, alinéa 1er, de la loi sur les faillites. Selon le libellé de cette disposition, « Le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite en vertu d'une cause antérieure à l'ouverture de la faillite ».

Cet article consacre le principe du dessaisissement du patrimoine du failli. Cette notion vise l'ensemble des biens meubles et immeubles que le failli possédait au jour de la faillite, tout comme ceux qui peuvent encore lui échoir entre le jugement déclaratif et le jugement de clôture de la faillite[2771]. E. De Perre écrit, à ce sujet, que « les biens que le failli se serait procurés par suite de l'exercice d'une nouvelle profession n'appartiennent pas au failli, mais bien à la masse, sous

[2770] L'article I.1, 14°, du Code de droit économique définit le titulaire de profession libérale comme « toute entreprise dont l'activité consiste principalement à effectuer de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, des prestations intellectuelles pour lesquelles une formation préalable et permanente est nécessaire et qui est soumise à une déontologie dont le respect peut être imposé par une institution disciplinaire désignée par la loi ou en vertu de celle-ci ». Cons. not. : B. CASTAIGNE, « Le droit de l'insolvabilité des titulaires de professions libérales », in *Réformes des droits de l'insolvabilité, de l'entreprise et des sociétés*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 91-106.

[2771] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 54 ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 222 ; A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 269 ; E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 675-676 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 91.

déduction cependant des frais d'acquisition et des charges dont ces biens seraient grevés »[2772]. Si le débiteur perd ainsi l'administration de sa fortune, il en reste cependant le propriétaire[2773].

Le principe du dessaisissement a pour but d'empêcher le débiteur de diminuer son actif et d'augmenter son passif au préjudice de ses créanciers[2774]. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'administration de ses biens échoit au curateur[2775]. Toutefois, le failli ne devient pas totalement incapable à cette occasion[2776] : il conserve sa capacité civile qui lui permet d'agir en justice pour les actions liées exclusivement à sa personne[2777] ; son incapacité a donc un caractère relatif[2778].

B. Poursuite de l'activité du failli par le curateur

450. Article XX.140 du Code de droit économique. – L'article XX.140 du Code de droit économique reconnait au curateur la possibilité de poursuivre l'activité du failli. Dans cette perspective, cette disposition reprend le prescrit de l'ancien article 47 de la loi sur les faillites.

Dans cet ordre d'idées, conformément aux termes de l'article XX.140, il apparait que « Si l'intérêt des créanciers le permet, le tribunal, statuant à la demande des curateurs ou de tout intéressé, sur le rapport du juge-commissaire, et après avoir entendu les curateurs et les représentants du personnel au sein du Conseil d'entreprise (…), peut autoriser que les activités du failli soient provisoirement, en tout ou en partie, continuées par les curateurs ou sous la surveillance des curateurs par le failli ou par un tiers. A la requête des curateurs ou de tout intéressé et sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal peut à tout moment modifier ou révoquer cette mesure ».

Si cette disposition ouvre la possibilité au curateur de poursuivre l'activité économique du failli, il convient de remarquer que l'intérêt des créanciers doit le permettre[2779]. P. HENFLING

[2772] E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 92. Cons. également à cet égard : M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 55.

[2773] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 54 ; A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 270 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 159.

[2774] T. DELWICHE, « Gevolgen van het faillissement. De positie van de gefailleerde », in *Faillissement en reorganisatie*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.10-3 – II.E.10-4 ; A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 267.

[2775] P. COPPENS et FR. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1997-2004). Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 2005, pp. 552-553. Voy. not. dans un sens similaire : E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 20.

[2776] A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, *Les concordats et faillites*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 389 ; FR. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *Jur. comm. Belg*., 1978, p. 395.

[2777] FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225.

[2778] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 419 ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225.

[2779] Cons. à ce sujet : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, pp. 483 et s. ; B. VANDER MEULEN, D. VERCRUYSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Deel 1, Malines, Kluwer, 2007, pp. 337 et s. ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 299 ; O. CAPRASSE, « Introduction aux régimes de responsabilité des curateurs, commissaires au sursis et administrateurs provisoires dans le cadre d'une poursuite d'activités, in *Concordat judiciaire et faillite*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 178 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, pp. 337 et s. ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 68. Comp. avec l'ancien article 475 de la loi du 18 avril 1851 qui ne permettait la poursuite de l'activité

souligne, à ce sujet, que « Le législateur ne condamne donc pas les poursuites d'activité motivées par d'autres éléments que l'intérêt des créanciers, tels que l'intérêt social, l'intérêt économique, l'intérêt régional ou l'intérêt général pour autant que l'intérêt des créanciers le permette ou en d'autres termes, pour autant que la continuation ne crée pas de préjudice pour les créanciers »[2780].

451. Poursuite de l'activité par le failli ou par un tiers, désignation d'un co-curateur et démarrage d'une nouvelle activité. – Lorsque le curateur poursuit l'activité du failli, il le fera pour le compte de la masse[2781]. Il revient alors au curateur de continuer l'activité en personne[2782].

Dans ce cadre, l'article XX.140 du Code de droit économique prévoit que le curateur peut se faire remplacer par un tiers ou par le failli qui agira sous sa surveillance et sous sa responsabilité[2783]. Par ailleurs, à l'instar de l'ancien article 59 de la loi sur les faillites, l'article XX.152 du Code de droit économique indique que « Les curateurs peuvent employer le failli pour faciliter et éclairer leur gestion. Le juge-commissaire fixe les conditions de son travail »[2784].

L'article XX.123 du Code de droit économique a poussé cette logique un cran plus loin à propos des titulaires de professions libérales. En effet, à la survenance de leur faillite, « Le tribunal adjoint au curateur désigné, en tant que co-curateur, conformément à l'article XX.20, §1er, lorsque le failli est titulaire d'une profession libérale, le titulaire d'une telle profession qui offre des garanties de compétence en matière de procédure de liquidation ». Un arrêté royal du 26 avril 2018 fixe les modalités de désignations et d'exercice de cette nouvelle fonction de co-curateur[2785].

Enfin, il ne faut pas confondre le principe de la poursuite de l'activité économique par le curateur avec la possibilité offerte au failli d'entreprendre une nouvelle activité. Le failli peut contracter pour les besoins de celle-ci sans la surveillance du curateur[2786] ; il ne devient effectivement pas incapable[2787]. En outre, les créanciers qui ont conclu avec le failli dans le cadre de sa nouvelle activité restent étrangers à la procédure de faillite et ils ne pourront pas introduire

---

du failli qu'à partir du moment où l'intérêt des créanciers l'*exigeait*. Voy. not. à ce propos : L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 365.

[2780] P. HENFLING, « La poursuite des activités commerciales. Les dettes de la masse », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Éditions Collections Scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, 1998, pp. 437-438.

[2781] E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 68.

[2782] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 485 ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217.

[2783] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 485 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 68.

[2784] L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 343.

[2785] Arrêté royal du 26 avril 2018 portant exécution de l'article XX.1, §1er, dernier alinéa, du Code de droit économique relatif à l'application du livre XX du Code de droit économique aux titulaires d'une profession libérale, *M.B.*, 27 avril 2018. Cons. not. : B. CASTAIGNE, « Le droit de l'insolvabilité des titulaires de professions libérales », in *Réformes des droits de l'insolvabilité, de l'entreprise et des sociétés*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 91-106 ; X. VAN GILS, « Le droit de l'insolvabilité étendu aux avocats : les implications déontologiques », in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. ZENNER (éd.), Limal, Anthemis, 2018, pp. 93-94.

[2786] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 259. Voy. également à ce sujet : C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 670 et s.

[2787] FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225.

de déclarations de créances[2788]. Les biens nouveaux resteront la propriété de la masse sous déduction des frais nécessités par leur acquisition et des charges dont ils sont grevés[2789].

C. Sort des contrats en cours et pouvoir de résiliation du curateur

452. Article XX.139 du Code de droit économique. – Lors de la réforme du droit de la faillite du 8 août 1997, le législateur a prêté attention au sort des contrats en cours : ainsi y a-t-il consacré l'article 46 de la loi[2790]. Ce dernier a suscité plusieurs controverses. De ce fait, le nouvel article XX.139 du Code de droit économique reprend sa substance et clarifie certains de ses aspects[2791].

Dans ce contexte, l'article XX.139 énonce notamment que « Les curateurs décident sans délai, dès leur entrée en fonction, s'ils poursuivent les contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin automatiquement, ou s'ils les résilient unilatéralement lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement […] Le cocontractant peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Sous réserve d'une prorogation amiable, si les curateurs n'ont pris aucune décision expresse avant l'expiration de ce délai, le contrat est considéré comme étant résilié ». Cette disposition consacre le principe de la continuité des conventions en cours. De la sorte, dans le sillage des principes régissant l'ancien article 46 de la loi sur les faillites, une partie de la doctrine pense[2792] que le curateur doit respecter toutes les clauses contractuelles du contrat qu'il décide de poursuivre[2793].

Toutefois, il apparait que le principe de la continuité des contrats en cours connait de nombreuses exceptions que l'on peut regrouper en deux catégories distinctes.

Selon les termes de l'article XX.139, la première catégorie concerne les hypothèses de dissolution de plein droit. Les contrats *intuitu personae* et la condition résolutoire y figurent. Ces cas de dissolution soit résultent expressément de la loi, soit ressortissent d'une convention – ou d'un acte unilatéral – ou d'une règle générale dégagée par la doctrine et la jurisprudence[2794].

[2788] Cons. not. à cet égard : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 492.

[2789] M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 14 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 491 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 259 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 103.

[2790] *Doc. Parl*., ch. repr., sess. ord., 1996-1997, Doc. n° 329-17, p. 137.

[2791] *Doc. Parl*., ch. repr., sess. ord., 2016-2017, Doc. n° 54-2407/001, pp. 89-91.

[2792] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 344 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, p. 883. Toutefois, il convient de nuancer cette affirmation. Tout d'abord, les clauses pénales, clauses de compensation et clauses de réserve de propriété figurant au contrat ne sortiront leurs effets que pour autant qu'elles respectent différentes exigences spécifiques. Ensuite, de nombreuses controverses ont surgi en présence de clauses d'indivisibilité ou de dispositions contractuelles qui établissent une connexité artificielle. Enfin, certaines clauses, notamment différents pactes commissoires exprès et clauses de résiliation unilatérale, prévues spécifiquement pour le cas de faillite, ne pourront pas toujours être mises en œuvre (Voy. not. à cet égard : F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 129, Liège, Anthémis, 2011, pp. 191-262).

[2793] E. DIRIX, « Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie », in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 153.

[2794] F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 129, Liège, Anthémis, 2011, pp. 197-232.

La deuxième catégorie d'exception regroupe l'ensemble d*es facultés* offertes, tant au curateur qu'au cocontractant du failli, de mettre fin à la convention. Cette seconde catégorie comprend deux branches. Tout d'abord, l'article XX.139 du Code de droit économique confère au curateur le pouvoir de *résilier* le contrat souscrit par le failli. Ensuite, en pratique, rien ne s'oppose à ce que le cocontractant du failli puisse se prévaloir d'un pacte commissoire exprès : la mise en œuvre de cette clause revient alors à *résoudre* le contrat. Enfin, la dernière exception a trait aux clauses de *résiliation* unilatérale rédigées au bénéfice du cocontractant du débiteur failli[2795].

453. Faculté de résiliation du curateur. – Les exceptions au principe de continuité des contrats en cours ont suscité la controverse sous l'empire de l'ancien article 46 de la loi sur les faillites. En effet, il apparait que l'étendue précise des pouvoirs conférés au curateur posait question.

En résumé, à l'instar de l'article XX.139 du Code de droit économique, le curateur disposait d'un droit d'option dont la portée restait discutée. Cette incertitude a d'ailleurs donné lieu à trois grands arrêts des hautes juridictions. Le premier fut rendu par la Cour d'arbitrage[2796], devenue Cour constitutionnelle, tandis que les suivants émanèrent de la Cour de cassation[2797]. Dans ce cadre, lors d'un arrêt du 10 avril 2008, cette dernière avait notamment décidé que « Lorsque *l'administration de la masse le requiert nécessairement*, c'est-à-dire lorsque la continuation du contrat conclu par le failli fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement la liquidation, le curateur peut, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997, mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat octroie des droits qui sont opposables à la masse »[2798].

Deux thèses majeures ont vu le jour à la suite des arrêts de la Cour de cassation. *Primo*, certains auteurs soutenaient que le curateur jouissait d'un droit de résiliation absolu[2799], que certains ont qualifié de sauvage[2800], simplement limité par l'intérêt de la masse des créanciers. *Secundo*, selon d'autres auteurs, le curateur ne pouvait faire qu'une application limitée de l'article 46[2801]. Son droit de résiliation devait s'exercer dans des limites strictes[2802]. Une telle interprétation se fondait sur l'expression « lorsque l'administration de la masse le requiert » employée par la Cour de cassation dans sa décision du 10 avril 2008[2803]. Dans cet ordre d'idées, E. Dirix énumère

---

[2795] *Ibidem*, pp. 232 et s. Voy. not. également : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, pp. 476-478.

[2796] C. Arb., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-2006, p. 52.

[2797] Cass., 10 avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 349 ; Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 241.

[2798] Nous soulignons. Voy. Cass., 10 avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 349

[2799] C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil», note sous Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 256.

[2800] Voy. l'expression utilisée par T. HÜRNER et N. OUCHINSKY (T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg*, 2009, pp. 221-222) qui critiquent l'existence d'une faculté de résiliation dépourvue de limites.

[2801] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg*, 2009, p. 222 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868.

[2802] T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347.

[2803] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg*, 2009, p. 222 ; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 348 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868.

plusieurs situations qui peuvent justifier la résiliation : les biens deviennent invendables du fait du contrat, le montant du loyer est considérablement inférieur aux conditions du marché, le maintien des droits du cocontractant impose des obligations financières exagérées à la masse[2804].

L'article XX.139 du Code de droit économique s'inscrit dans le sillage de la lecture stricte du pouvoir de résiliation du curateur. En effet, au sein de l'exposé des motifs de la loi du 11 août 2017, le gouvernement a explicitement indiqué que « Cet article est la version adaptée de l'article 46 de la loi sur les faillites. […] Il est précisé que cette disposition confère au curateur (dans certaines circonstances) un droit unilatéral de résiliation d'un contrat. Ceci pouvait déjà être déduit des arrêts de la Cour de cassation du 24 juin et 10 avril 2008 mais c'est à présent confirmé. Le curateur ne peut cependant mettre fin à des contrats en cours que lorsque *l'administration de la masse le requiert nécessairement*. Un prix de vente supérieur ne suffit pas à cet égard »[2805].

§2. – Approche classique des effets de la faillite sur les contrats intuitu personae

454. Approche doctrinale classique : dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*. – Pour une majorité de la doctrine belge, la faillite entraine la dissolution de plein droit, c'est-à-dire automatique, des conventions marquées du sceau de l'*intuitus personae*[2806].

Selon P. Van Ommeslaghe, « la faillite ne met pas fin aux contrats en cours (sauf clause résolutoire expresse ou contrat conclu *intuitu personae*) en sorte que ces contrats doivent en principe être exécutés par le curateur »[2807]. Pour A. Cloquet, l'ouverture de crédit et le compte courant « sont également considérés comme *intuitu personae* et, de ce fait, ils se trouvent résiliés de plein droit par la faillite »[2808]. Dans le même sens, R. Van Ransbeek écrit notamment que « *Klassiek gaan de rechtsleer en de rechtspraak er in het algemeen heel duidelijk van uit dat het faillissement op zichzelf geenszins lopende overeenkomsten doet tenietgaan.* Op dit principe bestaat er wel een uitzondering: in geval van intuitu personae-overeenkomsten. *Ingeval van een faillissement gaan deze overeenkomsten wel teniet* »[2809]. Enfin, pour A. Zenner et C. Alter, « il est

---

[2804] E. DIRIX, « Insolventierecht en gemeenrecht » in *Van alle markten, Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Intersentia, Anvers, 2008, p. 420. Voy. dans le même sens : T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, V. DE FRANCQUEN, M. DREESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 58.

[2805] Nous soulignons. Voy. *Doc. Parl*., ch. repr., sess. ord., 2016-2017, Doc. n° 54-2407/001, p. 90.

[2806] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1011-1015 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg*, 2009, p. 214 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », obs. sous Cass. 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 245 ; R. VAN RANSBEECK, « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, p. 5 ; Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau, 1994, p. 316 ; A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, *Les concordats et faillites*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 433 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21.

[2807] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1015.

[2808] A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, *Les concordats et faillites*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 434.

[2809] Nous soulignons. Voy. : R. VAN RANSBEECK, « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, p. 5.

bien admis qu'en principe la faillite n'entraîne pas la dissolution des contrats en cours au jour du jugement déclaratif de faillite, sauf lorsque ceux-ci sont conclus *intuitu personae* […] »[2810].

Pour certains, la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* se fonde sur les articles 1795 et 2003 du Code civil ainsi que 4:16 du Code des sociétés et des associations[2811] ; de même, d'autres pensent que cet effet se justifie au regard des dispositions relatives à la dissolution de ces contrats à la mort de leur titulaire, puisque sa faillite revient au même[2812] : ainsi H. De Page écrivait-il, à ce sujet, que « Le contrat *intuitu personae* prend fin par la *mort* de la personne qui justifiait l'*intuitus personae* (avocat, médecin, artiste, entrepreneur, etc.) […] A la mort, il faut assimiler la *faillite* et, éventuellement, la *survenance d'une incapacité*. L'une et l'autre aboutissent en effet, quant à la personne qui crée l'*intuitus personae*, au même résultat que la mort »[2813].

Dans cette logique, il est admis que les contrats suivants prennent fin de plein droit par la faillite de la partie choisie *intuitu personae* : le contrat d'entreprise[2814], le contrat de mandat[2815], le contrat de société[2816], le contrat de *factoring*[2817], le contrat de franchise[2818], le contrat de *leasing*[2819], le contrat d'ouverture de crédit et de compte courant[2820] ou le contrat d'agence commerciale[2821].

455. Confirmations jurisprudentielles de l'approche classique. – En pratique, les cours et tribunaux se montrent régulièrement favorables au principe de la dissolution de plein droit des conventions *intuitu personae* lors de la faillite de la partie qui justifie ce caractère[2822].

Un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004 rejoint cette idée[2823]. Cette affaire a trait à l'étendue des pouvoirs du curateur dans le cadre de l'article 46 de la loi sur les faillites. *In casu*, la Cour devait se prononcer sur la possibilité de poursuivre un contrat qui faisait obstacle à la réalisation d'un fonds de commerce et à la vente de l'immeuble d'un bailleur ; selon les faits constatés par la Cour, la continuation engendrait aussi des frais pour la masse. À cette occasion, bien que la Haute juridiction ne devait pas se prononcer sur le sort des contrats *intuitu personae*,

---

[2810] A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », obs. sous Cass. 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 245.
[2811] Voy. not. en ce sens : Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau, 1994, p. 316 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 21.
[2812] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431.
[2813] *Ibidem*.
[2814] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 1058. Voy. dans le même sens : Comm. Courtrai, 3 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 378.
[2815] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431.
[2816] La dissolution de plein droit ressortait autrefois de l'ancien article 39, 4°, du Code des sociétés, lui-même issu de l'article 1865, 4°, du Code civil. Ces articles se limitaient aux sociétés de personnes à responsabilité illimitée, comme la société en nom collectif et la société en commandite simple. En revanche, ils ne s'appliquaient pas aux sociétés de capitaux (J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 318 ; B. TILLEMAN, *Ontbinding van vennootschappen*, Biblo, Kalmthout, 1997, pp. 137-139).
[2817] Voy. pour les réf. : F. GEORGE, « L'incidence de la faillite sur le contrat de *factoring* », *R.G.D.C.*, 2013, p. 744.
[2818] O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 153 ; C. VERBRAEKEN et A. de SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 211-212.
[2819] Comm. Ypres, 29 juin 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 21 ; Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.
[2820] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405.
[2821] P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 155.
[2822] Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130 ; Liège, 28 mai 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 384 ; Mons, 10 septembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 362 ; Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468 ; Mons, 30 octobre 1984, *Entr. et dr.*, 1992, p. 255.
[2823] Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130.

elle a indiqué que « la faillite ne met pas fin à un contrat existant à moins que ce contrat ne contienne une clause résolutoire ou ait été conclu *intuitu personae* avec le failli »[2824].

Une décision de la Cour d'appel de Liège du 28 mai 2002 s'inscrit dans cette logique[2825]. Dans cette espèce, relative à la faillite d'un agent commercial, la Cour a remarqué « [qu'il] est généralement enseigné que les contrats conclus *intuitu personae* sont dissous de plein droit par la faillite »[2826]. En revanche, la juridiction n'a pas conclu à la dissolution du contrat d'agence, car elle l'a jugé dépourvu de tout *intuitus personae* à la lumière des circonstances de la cause.

Enfin, un autre arrêt de la Cour d'appel de Liège du 21 mars 1995 fournit une dernière illustration[2827]. Cette espèce concerne la dissolution d'une convention de *leasing* à la suite de la faillite des preneurs – deux époux. Dans ce cas, la Cour a d'abord rappelé « qu'un contrat *intuitu personae* est un contrat dans lequel la considération de la personne de l'un des cocontractants est pour l'autre partie l'élément déterminant du contrat »[2828] ; de ce fait, la Cour ajoute « qu'en l'espèce, il ne fait aucun doute que les investissements ont été consentis compte tenu des affaires des époux Pirotte-Magis et de leur solvabilité »[2829]. Partant, « il s'agit donc de contrats conclus *intuitu personae* dont la faillite d'Albert Pirotte provoque la dissolution de plein droit »[2830].

§3. – Réflexions sur l'approche classique des effets de la faillite sur les contrats intuitu personae

456. Constat : existence d'opinions doctrinales et jurisprudentielles divergentes. – Si la plupart des auteurs et des juridictions belges perçoivent la faillite comme une cause de dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*, il arrive que d'autres nuancent cette approche.

1° En effet, à la réflexion, une partie de la doctrine ne souscrit pas tout à fait au principe de la dissolution de plein droit en ce cas : certains auteurs l'assortissent effectivement de conditions.

Dans cette logique, il est vrai que L. Fredericq se prononce sur le sort des contrats *intuitu personae* selon que la faillite rend leur inexécution absolument certaine ou simplement probable : « Dans la première éventualité, la faillite met fin de plein droit au contrat, tandis que dans la seconde, le contractant aura simplement le droit de faire résoudre judiciairement la convention, si elle n'est pas reprise pour compte de la masse »[2831]. Cet auteur trace donc une ligne de démarcation entre les contrats que la faillite rompt de plein droit et les contrats simplement résiliables[2832].

[2824] *Ibidem*, spéc. p. 1135.
[2825] Liège, 28 mai 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 384.
[2826] *Ibidem*, spéc. p. 385. Voy. dans le même sens : Mons, 30 octobre 1984, *Entr. et dr.*, 1992, p. 255.
[2827] Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.
[2828] *Ibidem*, spéc. p. 470.
[2829] *Ibidem*.
[2830] *Ibidem.*
[2831] L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 533.
[2832] Voy. not. en ce sens : « a) *Contrats que la faillite rompt de plein droit*. Lorsque, dans l'intention des parties, l'engagement dont l'exécution intéresse le patrimoine du débiteur ne peut être tenu que par lui, sa faillite doit nécessairement rendre le contrat caduc. Ainsi, la faillite résout de plein droit le mandat, la commission (qui n'est pas un mandat), et le contrat de société de personnes. *Cette solution s'impose, parce que la considération de la personne du débiteur est déterminante et que, par l'effet du dessaisissement, le débiteur ne peut plus engager ses biens, et partant faire produire à la convention ses effets légaux.* Pour les mêmes motifs, l'ouverture de crédit et le compte courant sont résiliés de plano par la faillite du crédité. Ainsi, chaque fois que la convention patrimoniale est faite intuitu personae, le contrat prend fin de plein droit au regard du créancier et de la masse. Une controverse existe au sujet de l'application

Selon E. Thaller et J. Percerou, afin que la faillite mette fin aux conventions *intuitu personae*, « il faut d'abord que les obligations qui en naissent à la charge du failli soient par leur nature même ou à raison de l'intention des parties, telles qu'elles ne puissent être exécutées que par lui (sans quoi la masse aurait la faculté de se substituer à lui dans leur exécution et par conséquent dans le contrat tout entier) ; puis aussi que ces obligations intéressent le patrimoine du failli, de telle sorte que l'indisponibilité de ce patrimoine résultant du dessaisissement en rende l'exécution impossible par le commerçant (sans quoi, s'il s'agissait d'obligations de nature telle que, nonobstant l'indisponibilité, le failli puisse les exécuter, le contrat subsisterait) »[2833].

2° Dans le même sens, tandis que plusieurs juridictions se rallient à la dissolution automatique du contrat *intuitu personae* par la faillite, d'autres la soumettent à des conditions.

Une décision de la Cour d'appel de Mons du 26 décembre 1990 illustre ce constat[2834]. Cette affaire concerne la dissolution d'un mandat de payer : la Cour a considéré « qu'en cas de concordat ou de faillite, c'est donc uniquement si le créancier est le bénéficiaire de l'intuitu personae que la question de l'éventuelle dissolution du contrat va apparaître ; que ce problème se situe, dans ce contexte, au niveau de l'exécution du contrat (et non de sa conclusion) dont l'intuitu personae n'est en définitive rien d'autre qu'une modalité, essentielle par hypothèse ; qu'il s'impose d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si la poursuite de l'exécution par le débiteur failli ou concordataire est […] pratiquement possible dans son chef, acceptable par le gardien des intérêts de la masse en fonction des règles particulières d'ordre public applicables en pareil cas, satisfaisante pour le cocontractant, bénéficiaire des garanties qui découlent de l'intuitu personae »[2835].

Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 15 octobre 2002 fait référence à l'impossibilité d'exécution[2836]. Cette affaire a trait à la dissolution d'un contrat de compte courant lors de l'introduction d'une demande de concordat. Toutefois, la Cour se prononce plus généralement sur la dissolution des conventions *intuitu personae* à l'occasion d'une faillite. De la sorte, selon la juridiction, « Attendu que la règle est, comme en matière de faillite la continuation des contrats en

---

de ce principe au contrat d'édition. Nous pensons que, si l'éditeur tombe en faillite, l'auteur ne devra pas remettre son manuscrit, lorsqu'il appert que la personne de l'éditeur a été un élément essentiel du contrat. C'est là une question à résoudre en fait. *b) Contrats résiliables*. Le principe dominant les contrats en cours d'exécution et dans lesquels la personnalité du débiteur ne joue pas un rôle décisif, est que la faillite n'est pas une cause de résiliation *ipso iure* (Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, 1910, III, p. 290). Nulle part, la loi ne dit que la faillite met fin aux obligations des parties. Mais comme, généralement, le curateur ne prendra pas pour le compte de la masse l'engagement onéreux qui pèse sur le failli, le cocontractant sera fondé à demander la résiliation judiciaire avec dommages et intérêts éventuels à raison de l'inexécution » (L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 533, spéc. n° 359).

[2833] E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. II, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 218-219. Cette idée existait déjà en 1900 dans la thèse de doctorat de E. Bonnichon. Ce dernier pensent effectivement « [qu'il] y aura résiliation *ipso jure* lorsque le contrat ne pourra plus être continué par personne : ni par la masse, parce qu'il repose sur l'*intuitus personae* ; ni par le failli lui-même, parce qu'il compromettrait le patrimoine ». Selon E. Bonnichon, la résiliation *ipso iure* de la convention *intuitu personae* se trouve ainsi soumise à deux conditions : d'une part, les obligations « à raison de leur nature même ou à raison de l'intention manifeste des parties, ne peuvent être remplies que par celui auquel le contrat les impose » ; d'autre part, ces obligations doivent intéresser le patrimoine du failli et doivent présenter une telle nature que si le failli voulait s'y soumettre et continuer lui-même le contrat, leur exécution compromettrait le gage des créanciers (E. BONNICHON, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, pp. 20-21).

[2834] Mons, 26 décembre 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 348.

[2835] *Ibidem*, spéc. p. 351.

[2836] Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138.

cours ; […] que pour ce qui est des conventions conclues *intuitu personae*, il n'y a dissolution de plein droit qu'en cas d'impossibilité matérielle ou juridique d'exécution »[2837].

Dans cette perspective, il ne faut pas sous-estimer l'importance pratique du principe de la dissolution de plein droit, c'est-à-dire automatique du contrat : son application ou sa non-application se répercute notamment sur la détermination du propriétaire d'un véhicule dans le cadre de contrats de location-financement[2838], sur la possibilité de compenser des sommes versées après le jugement déclaratif de faillite sur un compte courant[2839], sur la détermination des actifs (y compris les contrats en cours) à céder par le curateur[2840], sur la possibilité pour un curateur de lever une option d'achat dans le cadre d'un contrat de *leasing*[2841], sur le caractère abusif d'une dénonciation de crédit[2842], sur la qualification de dettes de la masse ou dettes dans la masse[2843].

457. Un approche plus souple. – Nous souscrivons aux observations émises par une partie de la doctrine et de la jurisprudence au sujet de la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* lors de la faillite de la partie qui justifie ce caractère. En effet, à l'instar du décès, il nous semble qu'il s'agit là d'un principe aux fondements fragiles qui gagnerait à être plus souple[2844].

Deux raisons appuient cet axe d'amélioration de l'approche classique.

Il est vrai que certaines dispositions légales semblent consacrer l'existence de ce principe dans des contrats généralement considérés comme colorés de l'*intuitus personae*. Tel est le cas de l'article 2003 du Code civil dont le libellé indique notamment que « Le mandat finit : […] Par la mort ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ». L'article 4:16 du Code des sociétés et des associations prescrit aussi, à ce propos, que « La société est dissoute : […] par la mort, l'incapacité, la liquidation, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés ». En revanche, pour d'autres conventions *intuitu personae*, le législateur prévoit leur continuation lors de la survenance d'une faillite : ainsi l'article 26, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 énonce-t-il que « La faillite ou la déconfiture de l'employeur […] ne sont pas en elles-mêmes des événements de force majeure mettant fin aux obligations des parties »[2845]. Dès lors, il apparait que la loi ne consacre pas toujours le principe de la dissolution de plein droit de la convention *intuitu personae* lors d'une faillite.

En outre, le principe de la dissolution automatique de la convention par la faillite ne peut pas ressortir de l'assimilation de cet événement au décès du cocontractant *intuitu personae*. Dans

---

[2837] *Ibidem*, spéc. p. 139.
[2838] Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.
[2839] Comm. Liège, 13 janvier 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 119.
[2840] Comm. Bruxelles (réf.), 9 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 399.
[2841] Comm. Ypres, 29 juin 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 21.
[2842] Comm. Bruxelles, 12 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 693 ; Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, obs. J.-P. BUYLE ; Bruxelles, 1er avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 264.
[2843] Liège, 28 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 151, *R.D.C.*, 2004, p. 384.
[2844] Voy. not. en ce sens : M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79 ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500 ; L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours avant et après l'entrée en vigueur des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 426.
[2845] Pour certains, il convient de réserver un statut différent à la situation où le contrat de travail revêt un caractère manifestement *intuitu personae* dans le chef de l'employeur : la faillite mettrait alors fin de plein droit à la relation contractuelle dans cette hypothèse. D'autres auteurs pensent à bon droit qu'il s'agit-là d'une distinction *contra legem* difficilement justifiable. Voy. sur ce débat : W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 709-715, spéc. p. 712.

un arrêt du 22 février 2008, la Cour de cassation a effectivement précisé « [qu'il] n'existe pas de principe général du droit suivant lequel un contrat conclu en considération de la personne prend fin à la mort d'une des parties »[2846]. Cette opinion emporte la conviction. Dans l'esprit du législateur, la mort d'une partie peut provoquer la dissolution du contrat pour des motifs étrangers à la considération de la personne[2847] : si l'article 1795 du Code civil se fonde en partie sur l'*intuitus personae*, il repose surtout sur la volonté de *protéger la liberté individuelle des héritiers* de l'entrepreneur en toute hypothèse[2848] ; la *ratio legis* de l'article 32, 4°, de la loi du 3 juillet 1978 – relatif au décès du travailleur – se fonde sur des motifs similaires[2849]. Dans d'autres contrats, la dissolution repose sur des *motifs politiques* – bail de logement social – ou *d'équité* (*supra*, n° 393).

458. Une approche au fondement limité à l'impossibilité d'exécution. – À notre sens, compte tenu de ces réflexions, il parait utile d'admettre que la faillite entraine la dissolution de plein droit d'un contrat *intuitu personae* dans la mesure où elle implique concrètement une impossibilité d'exercice des droits ou une impossibilité d'exécution des obligations qui reviennent au failli[2850].

Plusieurs arguments justifient cette proposition.

Tout d'abord, une partie de la doctrine pense aussi que la faillite dissout le contrat *intuitu personae* de plein droit dès lors qu'elle constitue un obstacle matériel ou juridique à l'exécution des droits ou des obligations. Selon M. Lemal, « la faillite ne pourrait entraîner la dissolution de plein droit d'un contrat conclu *intuitu personae* que dans l'hypothèse où, de prime abord, il apparait qu'il sera impossible, matériellement et juridiquement, d'en poursuivre l'exécution. Hormis ce cas, il conviendra d'apprécier si la poursuite de l'exécution du contrat est acceptable par le curateur en fonction des règles particulières d'ordre public applicables en pareil cas et satisfaisante pour le cocontractant, bénéficiaire des garanties qui découlent de l'*intuitus personae* »[2851].

Ensuite, les cours et tribunaux ont parfois rallié ce point de vue. Dans un jugement du 29 juin 1998, concernant un contrat de *leasing*, le Tribunal de commerce d'Ypres a décidé que « *In beginsel maakt het faillissement geen einde aan de overeenkomsten, tenzij het uitdrukkelijk ontbinden beding dit bepaalt of tenzij een overeenkomst* intuitu personae *wegens faillissement* niet meer kan worden uitgevoerd »[2852]. De surcroit, par sa décision du 15 octobre 2002, la Cour d'appel

---

[2846] Cass., 22 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 486.

[2847] M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2017, pp. 58-60.

[2848] A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 387 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 767 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 394 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1157 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 116 ; A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 239.

[2849] Rapport de la section centrale, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1897-1898, n° 76, p. 49. Voy. not. dans le même sens en doctrine : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 396-397 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, p. 827.

[2850] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79 ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217.

[2851] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79. Voy. not. dans le même sens : FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500.

[2852] Nous soulignons. Voy. Comm. Ypres, 29 juin 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 21.

de Liège avait jugé que « pour ce qui est des conventions conclues *intuitu personae*, il n'y a dissolution de plein droit qu'en cas d'impossibilité matérielle ou juridique d'exécution »[2853].

Dans l'exposé des motifs de la proposition de réforme du droit des obligations, certains députés ont également rejeté le principe de la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* lors du décès, de l'incapacité ou de l'insolvabilité de la personne qui le justifie (article 5.216 ,1°). Dans le sillage de la commission de réforme, ces députés ont fait référence à l'impossibilité d'exécuter ces contrats : ainsi la proposition de loi indique-t-elle que « la doctrine a montré à quel point les contrats *intuitu personae* peuvent concerner des hypothèses extrêmement variables en pratique […], de sorte que l'adoption d'une règle rigide a semblé inappropriée. Toutefois, ces situations pourront être abordées au travers d'autres dispositions de la proposition, à savoir en particulier *l'impossibilité d'exécution lorsque la personne du débiteur est intimement liée à la prestation à effectuer* (article 5.103) ou la condition résolutoire tacite (article 5.216) »[2854].

Enfin, deux passages des travaux préparatoires du Code civil font le lien entre la dissolution de plein droit et l'impossibilité *morale* d'exécution en cas de faillite. Selon les rédacteurs du Code civil, lorsque la confiance atteint un haut degré d'intensité, la faillite peut représenter un obstacle psychologique à la poursuite du contrat : le conseiller Tarrible se demandait ainsi, au sujet du mandat, « Comment des services qui exigent de la probité, de l'intelligence et une certaine responsabilité, pourraient-ils continuer d'être acceptés ou rendus lorsque le mandant ou le mandataire ont été frappés de mort civile, lorsqu'ils ont perdu l'usage de la raison, ou lorsque le désordre de leurs affaires a entraîné la subversion générale de leur fortune ? […] Le mandataire qui est dans le même cas ne mérite plus aucune confiance, et tous les liens qui les unissaient l'un et l'autre sont nécessairement rompus »[2855]. S'agissant du contrat de société, le conseiller Treilhard estimait que « La faillite de l'un des associés opère aussi la dissolution de la société. Il ne peut plus y avoir ni confiance dans la personne, ni égalité dans le contrat, qui tombe aussitôt, parce qu'il reposait principalement sur ces deux bases »[2856]. Nous reviendrons sur ces propos (*infra*, n° 476).

En conclusion, dans cette logique, rien ne s'oppose à la poursuite du contrat *intuitu personae* lorsque la faillite ne rend concrètement pas les droits ou les obligations du failli matériellement, juridiquement ou moralement impossibles à poursuivre[2857]. Dans maintes situations, il ne faut pas perdre de vue que le curateur peut faire appel à un tiers, à un co-curateur ou même au failli pour prévenir la survenance d'un tel obstacle lors de la faillite (*supra*, n° 451).

§4. – Conclusion intermédiaire

459. Base : dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* par la faillite. – Pour la majorité de la doctrine et de la jurisprudence belges, la faillite provoque la dissolution de plein droit – c'est-à-dire automatique – des conventions conclues *intuitu personae* par le failli.

[2853] Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138, spéc. p. 139.

[2854] Nous soulignons. Voy. *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2019, n° 3709/001, pp. 132-133. Selon nous, les travaux préparatoires de la réforme du 8 août 1997 s'inscrivaient déjà dans une logique similaire. Le législateur pensait déjà, à cette époque, « [qu'en] principe, la faillite ne met pas fin aux contrats, sauf dans les cas où une clause résolutoire expresse le prévoit ou encore lorsqu'un contrat, conclu *intuitu personae*, *ne peut être exécuté* à cause de la faillite » (nous soulignons). Voy. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 1991-1992, n° 0631/1, p. 23.

[2855] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, pp. 257-258.

[2856] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 527.

[2857] I. VEROUGSTRAETE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer , 2010, p. 476 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise », in *Rép. not.*, t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253.

Selon certains auteurs, ce principe trouve sa source dans les articles 1795 et 2003 du Code civil ainsi que dans l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations. Cet effet se justifierait aussi au regard des dispositions légales relatives à la dissolution du contrat en raison de la mort de la partie justifiant l'*intuitus personae* : sa faillite reviendrait au même résultat (*supra*, n° 454).

Les cours et tribunaux ont régulièrement souscrit à ce point de vue devenu classique. Dans cet ordre d'idées, lors d'un arrêt du 24 juin 2004, la Cour de cassation avait notamment décidé que « la faillite ne met pas fin à un contrat existant à moins que ce contrat ne contienne une clause résolutoire ou ait été conclu *intuitu personae* avec le failli »[2858] (*supra*, n° 455).

460. Axes d'amélioration : une approche plus souple et une dissolution limitée à l'impossibilité d'exécution. – Nous pensons que la place classiquement attribuée à l'*intuitus personae* dans la faillite peut faire l'objet de deux axes d'amélioration. En effet, en pratique, il parait utile d'opter pour un régime de dissolution plus souple et limité à l'impossibilité d'exécution.

Les fondements de l'approche classique paraissent fragiles. Il est vrai que les articles 2003 du Code civil et 4:16 du Code des sociétés et des associations confirment la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* lors de la faillite. Toutefois, à l'inverse, l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978 prescrit la continuation du contrat de travail lors de la faillite de l'employeur. De ce fait, la loi ne consacre pas toujours la dissolution de plein droit de la convention *intuitu personae* lors d'une faillite. L'assimilation de la faillite au décès du cocontractant choisi *intuitu personae* ne convainc pas non plus. Dans son arrêt du 22 février 2008, la Cour de cassation a rejeté l'existence d'un principe général du droit selon lequel un contrat *intuitu personae* prend automatiquement fin à la mort d'une partie. Selon le législateur belge, le décès d'une partie peut provoquer la dissolution de plein droit d'un contrat pour des motifs étrangers à la considération de la personne : ainsi ce principe peut-il reposer sur de la volonté de protéger les héritiers du défunt, sur des motifs d'ordre politique ou encore sur une idée d'équité. Il existe donc plusieurs justifications (*supra*, n° 457).

Par ailleurs, la dissolution de plein droit pourrait être limitée aux cas où la faillite rend les obligations ou les droits du failli matériellement, moralement ou juridiquement impossibles à exécuter. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence ont également rallié cette opinion à propos de l'impossibilité matérielle et juridique d'exécution. Dans cette perspective, rien ne s'oppose à ce que le curateur poursuive une convention *intuitu personae* dès lors que la faillite ne crée concrètement pas d'impossibilité d'exécution dans le chef du failli. En outre, lors de l'exposé des motifs de la réforme du droit des obligations, certains députés ont estimé que l'insolvabilité met fin aux contrats *intuitu personae* quand elle crée une impossibilité d'exécution. Enfin, s'agissant du contrat de mandat et de société, les propos de plusieurs rédacteurs du Code civil s'inscrivent dans cette logique : selon eux, la survenance d'une faillite crée une impossibilité morale d'exécution dans les situations où la confiance s'exprime avec une forte intensité (*supra*, n° 458).

461. Proposition : une approche plus concrète de la dissolution du contrat *intuitu personae* conclu par le failli sur la base de l'impossibilité d'exécution. – Selon nous, lors de la survenance d'une faillite, l'impossibilité d'exercer les droits ou d'exécuter les obligations du débiteur failli dépend la plupart du temps de la convention en cause et des circonstances de l'espèce.

Le régime de cette cause de dissolution reste d'ailleurs à bâtir.

[2858] Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130, spéc. p. 1134.

Au sein d'une seconde section, nous examinerons d'abord le régime de la dissolution en présence de trois dispositions légales spécifiques, à savoir l'article 1795 du Code civil, l'article 2003 du même code ainsi que l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations. Nous verrons que ces dispositions légales peuvent faire l'objet de clauses de continuation (*infra*, n^os^ 465-466).

Nous élaborerons également le régime de la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* en l'absence d'une disposition spécifique. Nous étudierons les fondements de cette cause de dissolution. Dans ce cadre, nous aurons égard à la nullité, à la force majeure, à la résolution du contrat ainsi qu'à la caducité par disparition de l'objet et de la cause subjective. Nous montrerons alors que ces deux derniers fondements expliquent la dissolution lorsque la faillite implique *in concreto* une impossibilité matérielle, morale et juridique d'exécution (*infra*, n^os^ 467-477).

Enfin, dans un dernier temps, nous verrons le sort du contrat *intuitu personae* en l'absence d'une dissolution de plein droit. Ce point nous permettra de démontrer que les créanciers du failli peuvent réclamer l'annulation du contrat sur la base d'une erreur sur la solvabilité du failli ; de même, dans certaines circonstances, le curateur peut faire appel à un tiers nanti de qualités équivalentes à celles du failli ou à un co-curateur pour exécuter le contrat (*infra*, n^os^ 478-483).

Section 2. Le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* par la faillite

462. Plan. – Lors d'un premier paragraphe, nous verrons le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* tant en présence qu'en l'absence d'une disposition spécifique (**§1er**). Ensuite, dans un second paragraphe, nous donnerons un aperçu des perspectives ouvertes au curateur et au cocontractant du failli quand aucun obstacle ne s'oppose à la poursuite de la convention (**§2**).

§1er. – Dissolution du contrat intuitu personae lors de la faillite

463. Dissolution en présence et en l'absence d'une disposition légale spécifique. – Le législateur belge prévoit la dissolution de plein droit de certaines conventions *intuitu personae* par la faillite d'une partie : il en va ainsi pour l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations ainsi que pour l'article 2003 du Code civil (**A**). Ensuite, à défaut de disposition légale spécifique, la caducité par la perte de l'objet et par la disparition de la cause subjective servent de fondement à la dissolution en présence d'une impossibilité matérielle, morale et juridique d'exécution (**B**).

A. Dissolution du contrat *intuitu personae* en présence d'une disposition spécifique

464. Article 4:16 du Code des sociétés et des associations. – Aux termes de l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations, il apparait que « La société est dissoute : (…) par la mort, l'incapacité, la liquidation, la faillite ou la déconfiture d'un des associés ». Cette disposition se fonde sur le libellé de l'article 39, 4°, du Code des sociétés. En revanche, elle en précise le contenu : l'ancienne disposition n'incluait pas expressément la faillite d'un associé en son sein[2859].

L'article 4:16 du Code des sociétés des associations s'applique à la société simple. Cette dernière comprend l'ancienne société interne, l'ancienne association momentanée et l'ancienne société de droit commun[2860]. La société simple ne possède pas la personnalité juridique[2861]. Par ailleurs, s'agissant de la dissolution de la société en commandite et en nom collectif, l'article 4:23 du Code des sociétés et des associations renvoie au régime prévu par son article 4:16 : la faillite de l'un des associés entraine la dissolution de plein droit du contrat de société dans les deux cas[2862].

[2859] Toutefois, à l'instar du mandat, la doctrine belge a toujours assimilé la faillite d'un associé à sa déconfiture. Voy. not. : M. LEMAL, « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 784 ; D.-B. FLOOR, « La société momentanée », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 170 ; M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les sociétés – Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés*, *Rép. not.*, t. XII, L. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 292.

[2860] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3119/001, p. 10 et pp. 19-20. Voy. not. sous le régime de l'article 39, 3°, du Code des sociétés : C. JASSOGNE, « La société interne », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 1, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 123, n° 135 ; D.-B. FLOOR, « La société momentanée », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 200-201, n° 146 ; F. MAGNUS, « La société de droit commun », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/1, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 130, n° 201.

[2861] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3119/001, p. 19.

[2862] En revanche, l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations ne vise pas la société coopérative, malgré le fait qu'elle présente un fort *intuitu personae* (D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, p. 800, n° 1468). Concernant cette société, l'article 6:121 du code précité prévoit effectivement que « Sauf disposition statutaire contraire, en cas de décès, de faillite, de déconfiture, de liquidation ou d'interdiction d'un actionnaire, celui-ci est réputé démissionnaire de plein droit à cette date. L'actionnaire ou selon le cas, ses héritiers, créanciers ou représentants recouvrent la valeur de sa part de retrait de la manière déterminée par l'article 6:120 ».

À notre sens, conformément à l'enseignement classiquement admis, rien ne s'oppose à ce que les associés dérogent au principe de la dissolution de plein droit lors d'une faillite[2863].

Une clause contractuelle peut d'abord expressément prévoir la continuation du contrat de société ou de la société de personnes entre les associés restants dans l'hypothèse où l'un d'eux tomberait en faillite. Une telle stipulation contractuelle revêt différentes formes en pratique[2864]. V. Simonart écrit, au sujet de l'association momentanée, que « l'on peut déroger au caractère *intuitu personae* des sociétés de personnes dans des mesures variables, en considérant la faillite soit comme une circonstance justifiant l'exclusion d'un associé mais non la dissolution de la société, soit comme une circonstance indifférente quant à l'existence et la composition de la société »[2865].

Une clause de continuation peut aussi résulter tacitement de l'interprétation de la volonté des associés, telle qu'elle ressort de la combinaison de clauses contractuelles, de l'examen de l'objet de la société ou encore de leur comportement[2866]. Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 22 octobre 1991 illustre cette idée[2867]. Un curateur s'opposait à la poursuite d'une association momentanée à la suite de la faillite de l'un des associés – la SA Steel Construct. La Cour a rejeté cette demande. Elle a d'abord constaté que « la convention organise le droit pour l'associé non défaillant de continuer à utiliser tout le matériel apporté en jouissance et de disposer de tous les matériaux approvisionnés sur chantier ou commandés par l'association avant sa résiliation »[2868]. Selon la Cour, cette clause avait pour objectif de préserver l'intérêt de l'association, puisqu'elle visait « à permettre que la défaillance de l'un des associés n'entraîne pas nécessairement l'autre, tenu solidairement, vers des difficultés tenant à l'impossibilité de poursuivre l'objet et le but de l'association avec la conséquence presqu'inévitable (*sic*) de dommages et intérêts dus par les deux associés et donc aussi par celui qui n'est plus en mesure d'assurer ses obligations et engagements »[2869]. De ce fait, « ni les créanciers de la S.A. Steel Construct ni les curateurs désignés pour représenter la masse ne sont autorisés à ignorer les termes du contrat qui tant dans sa conclusion que dans l'exécution qui lui a été donnée n'a pu être préjudiciable à la masse »[2870].

465. Article 2003 du Code civil. – L'article 2003 du Code civil énonce que « Le mandat finit : […] Par la mort ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ». Pour l'ensemble de la doctrine belge, il convient d'assimiler la faillite de ces deux parties à leur déconfiture[2871].

[2863] Voy. pour les principes admis sous l'empire des articles 39, 4°, du Code des sociétés et 1865 du Code civil : M. LEMAL, « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 784 ; Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 265-271 ; V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, Créadif, 1990, pp. 119-120.

[2864] Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 266-267 ; V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, Créadif, 1990, pp. 119-120.

[2865] V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, Créadif, 1990, p. 120.

[2866] Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997, p. 245.

[2867] Liège, 22 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1419.

[2868] *Ibidem*, spéc. 1420.

[2869] *Ibidem*, spéc. pp. 1420-1421.

[2870] *Ibidem*, spec. p. 1421.

[2871] Voy. not. en ce sens : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 749 ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2001, p. 547 ; B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 393 ; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, p. 156 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 459. Voy. not. en jurisprudence relative au contrat de syndic : Civ. Malines, 10 juin 1997, *J.L.M.B.*, 2000, p. 922.

Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, si la déconfiture du mandant et du mandataire provoquent la dissolution de plein droit du mandat, c'est parce que cet événement brise définitivement la confiance indispensable au maintien de la relation contractuelle[2872]. Les auteurs approuvent généralement cette opinion pour la déconfiture du mandataire[2873] ; à l'inverse, en ce qui concerne la déconfiture du mandant, certains estiment que la dissolution automatique se justifie par le fait que ce cocontractant se voit privé de la gestion de ses biens à cette occasion[2874].

La dissolution de plein droit du mandat par la faillite connait plusieurs exceptions.

Tout d'abord, l'article 2003 du Code civil revêt un caractère supplétif de la volonté des parties. Ces dernières peuvent donc y déroger par une clause *ad hoc*[2875]. Une telle clause peut aussi résulter tacitement de la volonté des parties ou de la nature particulière du mandat : ainsi en est-il pour le mandat connexe à une autre convention maintenue lors de la faillite ou encore du mandat conclu dans l'intérêt du mandant et d'un tiers[2876]. Une décision de la Cour d'appel de Mons du 26 décembre 1990 illustre ces propos[2877]. Dans cet arrêt, relatif à la faillite d'un mandant, la Cour a confirmé le maintien d'un mandat de payer du fait que « le mandat donné à la S.N.C.I. entre dans ces catégories particulières puisque le tiers, vendeur de machines, y trouve un intérêt personnel évident, qui a d'ailleurs été intégré dans les négociations entre parties et qui explique l'usage des mots "irrévocable" et "réservé" que l'on trouve donc en présence d'un mandat irrévocable qui en principe n'est pas affecté par la mort, la faillite ni *a fortiori* par le concordat du mandant »[2878].

Plusieurs dispositions légales font exception à l'article 2003 du Code civil. Pour les titulaires de professions libérales, l'article XX.1er, §1er, du Code de droit économique énonce que « les dispositions du présent livre s'appliquent sans préjudice du droit particulier qui régit les professions libérales réglementées, les officiers ministériels et les notaires, en ce compris l'accès à la profession, les restrictions à la gestion et à la transmission du patrimoine et du secret professionnel ». Certains ordres prévoient la poursuite des contrats conclus par le titulaire de la profession libérale failli et donc le maintien de ses mandats[2879] : l'article 1.2. du Code de déontologie des avocats énonce ainsi que « L'avocat est tenu d'aviser son bâtonnier dès que sa

[2872] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, pp. 257-258.

[2873] A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 749 ; B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, p. 393 ; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, p. 156 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 459.

[2874] Voy. not. en ce sens : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 749 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 459.

[2875] A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 749 ; B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000, pp. 396-397 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 459

[2876] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 459. Voy., dans le même sens, à la suite de ces auteurs : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 749 ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2001, p. 550 ; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978, p. 156.

[2877] Mons, 26 décembre 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 348.

[2878] *Ibidem*, spéc. p. 351.

[2879] La désignation d'un co-curateur spécialiste de la profession, sur la base de l'article XX.123 du Code de droit économique, prend tout son sens quand les contrats conclus par le failli sont maintenus. Voy. sur la procédure de désignation du co-curateur : B. CASTAIGNE, « Le droit de l'insolvabilité des titulaires de professions libérales », in *Réformes des droits de l'insolvabilité, de l'entreprise et des sociétés*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 91-106.

société d'exercice de la profession ou lui-même est impliqué(e) dans une procédure d'insolvabilité ou l'initie ». Selon l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, cette solution permet ainsi « de résoudre des cas très pratiques, comme, par exemple, celui d'une affaire fixée pour plaidoiries quelques jours après le jugement déclaratif de faillite : le bâtonnier pourra, avec l'accord du curateur et du client, autoriser l'avocat à plaider le dossier et éviter ainsi une remise »[2880].

466. Article 1795 du Code civil ? – Aux termes de l'article 1795 du Code civil, « Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur ».

L'article 1795 du Code civil ne prévoit pas explicitement la dissolution de plein droit de l'entreprise par la faillite de l'entrepreneur. En effet, il se borne à énoncer cette solution pour son décès. Toutefois, certains auteurs ont franchi le pas : ainsi H. De Page et R. Dekkers écrivent-ils que « La faillite de l'entrepreneur doit être assimilée à sa mort comme dans tous les contrats *intuitu personae*. Il en est de même, le cas échéant, de la survenance d'une incapacité »[2881] ; de même, lors d'une décision du 3 juin 1988[2882], le Tribunal de commerce de Courtrai a notamment décidé que « *Hoe dan ook is ingevolge artikel 1795 B.W. de aanneming ontboden door de dood van de aannemer, omdat hij is gekozen op grond van zijn bijzondere kwaliteiten; tevens dient aangenomen dat aan de aanneming een einde wordt gesteld door het faillissement van de aannemer* »[2883].

Nous ne souscrivons pas à cette opinion qui ne convainc pas sur un plan logique. Pour l'entériner, il convient d'abord d'admettre que l'entrepreneur justifie toujours l'*intuitus personae*, dans la mesure où l'article 1795 du Code civil prescrit la dissolution de l'entreprise par la mort de cette partie[2884]. Ensuite, sur la base de ce constat, il faut considérer que la dissolution de plein droit s'étend par analogie à la faillite de l'entrepreneur en raison du même caractère *intuitu personae* de cette convention[2885]. Cette méthode d'interprétation revient à étendre le champ d'application de l'article 1795 du Code civil au départ de son propre libellé : l'effet particulier – la dissolution de plein droit au décès de l'entrepreneur – justifie la cause générale – l'*intuitus personae* – qui justifie

---

[2880] Voy. sur la *ratio* de cette disposition et pour cet exemple : Procès-verbal de l'assemblée générale du 23 avril 2018 de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, p. 8, https://avocats.be/. Voy. sur le rôle du co-curateur dans le contrat d'avocat : M. FORGES, « L'application de la réforme aux avocats », in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) une (r)évolution ?*, A. DESPONTIN (éd.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 253.

[2881] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 1057. Voy. dans le même sens : G. BAERT, *Aanneming van werk*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, 2001, pp. 35-36 ; Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, pp. 314-315.

[2882] Comm. Courtrai, 3 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 378.

[2883] *Ibidem*, spéc. p. 379.

[2884] Cette première affirmation pose déjà question. Il nous semble effectivement que le contrat d'entreprise ne possède pas un caractère *intuitu personae* en toute hypothèse, malgré les réflexions malheureuses du conseiller Tronchet lors des débats relatifs à l'article 1795 du Code civil. Certains rédacteurs ont effectivement souligné que la *ratio legis* de cette disposition résidait dans la volonté de protéger les héritiers de l'entrepreneur. Voy. not. les travaux préparatoires du Code civil : J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 366, n° 22. Voy. not. dans le même sens en doctrine : A. VAN OEVELEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017, p. 388 ; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 767-768 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 116.

[2885] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 1057. Voy. dans le même sens en doctrine : Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, pp. 314-315. Voy. dans le même sens en jurisprudence : Liège, 28 mai 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 384 ; Comm. Courtrai, 3 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 378.

à son tour l'effet particulier – la dissolution de plein droit à la faillite de l'entrepreneur. De la sorte, ce raisonnement circulaire entraine une confusion entre la règle générale et l'effet particulier, ce qui revient à justifier la dissolution automatique du contrat d'entreprise en toute hypothèse[2886].

En conclusion, nous pensons que la dissolution de plein droit du contrat d'entreprise au décès de l'entrepreneur ne justifie pas *ipso facto* la même conséquence lors de la survenance de sa faillite. Selon nous, la dissolution se limite aux hypothèses où la personnalité de l'entrepreneur justifie concrètement l'*intuitus personae* et pour autant que la faillite rende ses obligations matériellement, moralement ou juridiquement impossibles à exécuter (*infra*, n^{os} 467-477).

B. Dissolution du contrat *intuitu personae* en l'absence d'une disposition spécifique

467. Fondements de la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* en présence d'une impossibilité d'exécution. – Plusieurs fondements paraissent justifier la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite. Toutefois, la plupart d'entre eux ne s'accordent pas avec les spécificités de cet événement. Cette idée se vérifie pour la nullité, la résiliation *ad nutum*, la résolution et la force majeure (*infra*, n^{os} 468-471). En revanche, il nous semble que la caducité par la perte de l'objet et par la disparition de la cause subjective justifient la dissolution des droits et obligations d'une partie à l'occasion de sa faillite (*infra*, n^{os} 477-483).

1) Fondements inadéquats : nullité, résolution, résiliation *ad nutum* et force majeure

468. Rejet de la nullité. – Il convient de rejeter d'emblée le recours à la nullité afin d'expliquer la dissolution de plein droit des conventions *intuitu personae* à la suite d'une faillite. En effet, il n'est pas question d'un vice originel qui aurait affecté l'accord de volonté intervenu entre le failli et son cocontractant : la survenance d'une faillite s'avère toujours postérieure à la formation de la convention. Toutefois, à titre d'exception, nous verrons qu'il existe certaines situations spécifiques lors desquelles le cocontractant du failli pourra invoquer la nullité (*infra*, n^{os} 479-480).

469. Rejet de la résiliation *ad nutum*. – Pour une partie de la doctrine belge et française, les contrats *intuitu personae* fondés sur la confiance comporteraient un droit de résiliation *ad nutum* destiné à protéger les intérêts du bénéficiaire de ce caractère. Ces auteurs soutiennent généralement que le législateur aurait consacré ce point de vue aux articles 2004, 1944 et 1794 du Code civil[2887].

Cette opinion n'emporte pas la conviction pour deux raisons.

Tout d'abord, comme F. Valleur l'a déjà souligné à juste titre, le droit de résiliation *ad nutum* présent dans certains contrats spéciaux ne repose pas toujours sur la considération de la

---

[2886] Voy. pour une critique similaire de ce point de vue : B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 773 ; J. GILLARDIN, « Le contrat d'entreprise », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. I, 2^{e} éd., Waterloo, Kluwer, 2009, p. 648.

[2887] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4^{e} éd., Louvain, Acco, 2015, p. 257 ; Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 284 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 22. Voy. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 89 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 400-401 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977, p. 434. Les juridictions belges et françaises se rallient parfois à cette idée. Voy. not. en droit belge : Liège, 6 mai 1992, *J.T.*, 1992, p. 79 ; J.P. Anvers, 30 novembre 1988, *J.J.P.*, 1990, p. 381. Voy. not. en droit français : TGI Paris, 3 octobre 1968, *Gaz. Pal.*, 1968, 2, p. 345, note J.-P. DOUCET.

personne[2888]. Dans ce cadre, cet auteur a effectivement écrit que « si cette idée était juste, on devrait en trouver l'application en principe dans tous les contrats intuitus personae. Elle suffirait par exemple à expliquer, outre l'article 2003 alinéas 2 et 3, l'article 1865 5° complété par les articles 1869 et 1870 (société), peut-être aussi l'article 1794 (marché à forfait), l'article 1944 (dépôt), les articles 1888 et 1889 (prêt à usage) (...) Mais en réalité toutes ces dispositions n'ont en général rien à voir avec la présence de l'intuitus personae dans ces contrats. Ce droit de rupture unilatérale est fondé sur des idées toutes autres (*sic*) que la disparition de l'affection ou de la confiance »[2889].

Il nous semble également que la reconnaissance d'un droit de résiliation *ad nutum* porterait atteinte à la sécurité juridique, étant donné que l'exercice d'une telle faculté de rupture ne nécessite normalement pas de justification. Dans cette logique, il est impossible d'exclure le fait que la disparition de la confiance puisse servir de prétexte à la résiliation du contrat *intuitu personae* pour des motifs de pure convenance et donc totalement étrangers à la disparition de la confiance.

En conclusion, il n'existe pas de droit de résiliation *ad nutum* qui permette de rompre le contrat *intuitu personae* sans motivation lors de la faillite d'un cocontractant. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, la faillite peut constituer un motif grave de rupture, c'est-à-dire une impossibilité morale d'exécution dans le chef du cocontractant du failli[2890]. Cette partie peut alors résilier le contrat lorsqu'elle démontre que la rupture de la confiance représente un obstacle psychologique durable à l'exécution de ses obligations. En pratique, les parties consacrent parfois cette idée par une clause : ainsi une ouverture de crédit peut-elle énoncer, au sujet de la rupture de la confiance que, « La Banque a le droit de suspendre ou de dénoncer la convention de crédit, avec effet immédiat, en tout ou en partie, notamment en cas de faillite du crédité »[2891] (*infra*, n° 476).

470. Rejet de la résolution. – L'article 1184 du Code civil constitue la pierre angulaire de la résolution judiciaire. Ce remède à l'inexécution des obligations contractuelles requiert un contrat synallagmatique[2892], une mise en demeure de la part du créancier[2893] et une faute contractuelle grave du débiteur[2894]. En outre, par son arrêt du 23 mai 2019[2895], la Cour de cassation a consacré la résolution du contrat par déclaration du créancier. Cette dernière suppose l'existence d'une faute

[2888] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 315-316.
[2889] *Ibidem*. Cons. également pour la critique de la généralisation du contenu de des dispositions : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000, pp. 826-827.
[2890] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.
[2891] Clause reprise et modifiée d'un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 13 janvier 2012 (*D.A.O.R.*, 2013, p. 119).
[2892] Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 438 ; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 240. Cons. à ce sujet : . STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 192 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 625-626.
[2893] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 903-904 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 628 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 407-408.
[2894] Cass., 28 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2062 ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1979. Le juge du fond apprécie souverainement la gravité de la faute reprochée au débiteur : Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1179.
[2895] Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474, note S. STIJNS et S. JANSEN.

contractuelle grave apte à justifier la résolution judiciaire, une notification de la décision au débiteur[2896] et, en principe, une mise en demeure de la part du créancier[2897] (*supra*, n[os] 355-359).

Dans cet ordre d'idées, il convient d'admettre que l'article 1184 du Code civil s'accorde mal avec la dissolution du contrat *intuitu personae* à la suite d'une faillite. Cet événement ne constitue pas, en principe, une inexécution contractuelle grave. Selon P. Wéry, « en soi, la faillite est un "événement neutre", qui ne peut s'identifier de manière absolue à une inexécution fautive de la part du failli »[2898]. Le créancier d'une obligation *intuitu personae* inexécutée ne peut donc pas solliciter la résolution de la convention sur la base de la simple survenance d'une faillite[2899].

En pratique, il arrive que les parties recourent à un pacte commissoire exprès afin d'ériger expressément la faillite au rang de faute contractuelle grave : une telle clause permet de réclamer des dommages et intérêts au cocontractant qui tombe en faillite. De surcroit, le contrat peut prévoir que la dissolution de plein droit ne fera pas obstacle au paiement de dommages et intérêts[2900].

471. Rejet de la force majeure. – Les articles 1147 et 1148 du Code civil forment le siège de la force majeure en droit belge. En substance, ce mode de dissolution des obligations suppose un obstacle insurmontable[2901] et indépendant de sa volonté du débiteur qui s'en prévaut[2902].

Les juridictions décident généralement que la survenance d'une faillite ne s'apparente pas, *en elle-même*, à une force majeure[2903]. Cette opinion mérite l'approbation : l'insolvabilité du

---

[2896] *Ibidem*, spéc. P. 475.

[2897] Voy. not. sur cette condition : S. STIJNS et P. WÉRY, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, p. 24, n° 5 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 488, n° 24.

[2898] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 933. Voy. dans le même sens : M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissoire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 177.

[2899] Dans le même sens, L. HERVE constate qu'il n'existe d'ailleurs souvent aucune inexécution fautive ayant précédé la dissolution de plein droit (L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours avant et après l'entrée en vigueur des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, p. 429).

[2900] Toutefois, le principe de l'égalité des créanciers vient limiter cette possibilité en cas de faillite : le cocontractant du failli ne pourra pas se prévaloir d'une clause pénale après le jugement déclaratif de faillite (FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 234). Ce principe, en apparence clair, cache plusieurs subtilités qu'il ne faut pas perdre de vue. Ainsi P. Wéry précise-t-il que « si la clause pénale est destinée à sanctionner un manquement au contrat, elle sortit ses effets malgré la faillite du débiteur, et ce, même si c'est à l'occasion de celle-ci que le failli ne respecte pas ses obligations » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 696). Voy. dans le même sens : Mons, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 15 et s. ; Mons, 9 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1383, obs. L.-M. HENRION, *R.R.D.*, 1991, p. 283 ; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 973, *J.L.M.B.*, 1987, p. 137, obs. Cl. P., *R.W.*, 1986-1987, col. 818. Ce n'est donc que si la clause a été prévue pour les cas de faillite qu'elle s'oppose au principe de l'égalité des créanciers (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 428).

[2901] Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 492 ; Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 408 ; Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 285 ; Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782.

[2902] Cass., 18 septembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1357 ; Cass., 29 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1584 ; Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 390.

[2903] Comm. Dinant 26 mai 1987, *Rev. de la banque*, 1988, p. 33 ; Bruxelles, 6 juin 1985, *Res et jura imm.*, 1986, p. 17 ; Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, 1910, III, pp. 290-291 ; Gand, 30 mai 1889, *Jur. Fl.*, 1889, p. 255 ; Gand, 30 avril 1889, *Jur. Fl.*, 1889, p. 259 ; Gand, 20 avril 1887, *Pas.*, 1887, p. 385 ; Comm. Gand, 12 juin 1886, *Jur. Fl.*, 1886, p. 290. *Contra* : Comm. Gand, 3 décembre 1884, *Jur. Fl.*, 1886, p. 317 : « la faillite, au point de vue de la fixation des droits des créanciers, doit donc être considérée comme un cas de force majeure, ne pouvant donner lieu à charge de la masse à des dommages et intérêts au profit des créanciers ».

débiteur résulte souvent de faits qui lui sont imputables[2904] ; la faillite ne représente pas, en principe, un événement indépendant et imprévisible dans son chef[2905]. En outre, dans un arrêt du 28 juin 2018, la Cour de cassation a décidé que « *Een schuldenaar is bevrijd van zijn verbintenis indien de nakoming van de verbintenis blijvend is geworden door overmacht. Financieel onvermogen, ook al is het gevolg van externe omstandigheden die voor schuldenaar overmacht uitmaken, heeft niet tot gevolg dat de schuldenaar bevrijd is van zijn betaalverbintenis* »[2906].

Une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 27 janvier 2011 rend compte de ces principes[2907]. Cette affaire a trait à la faillite de la Sabena. Pour se soustraire à leurs obligations, les compagnies « SAirGroup » et « SAirLines » plaidaient la force majeure sur la base du contexte international délicat résultant des attentats du 11 septembre ainsi qu'en raison de règles issues de la législation suisse qui les empêchaient de remplir leurs obligations. La Cour a rejeté cette prétention. Tout d'abord, elle a rappelé que « l'interdiction faite à tout commerçant qui se trouve en état de cessation de paiement de favoriser un créancier, peu avant la mise en œuvre d'une procédure d'insolvabilité à son encontre, ne constitue pas une cause de libération de son obligation. Si tel devait être le cas, il faudrait conclure que tout mécanisme de protection des créanciers en cas d'insolvabilité du débiteur constituerait un mode de dissolution des contrats ou une cause d'exonération de responsabilité contractuelle de ce débiteur, ce qui ne peut être admis »[2908]. Dans le sillage de ces propos, la Cour a conclu que « si SAirGroup et SAirLines se sont trouvées dans l'impossibilité d'honorer leurs engagements, c'est en raison de leur propre situation financière causée par les engagements qu'elles ont souscrits et plus particulièrement les nombreux achats de compagnies aériennes pour lesquels elles ont consenti des investissements considérables »[2909].

2) Caducité par disparition de l'objet

472. Référence la caducité par disparition de l'objet. – Une partie la doctrine a fait le lien entre la faillite et la caducité d'une obligation *intuitu personae* par la perte de son objet[2910]. Selon

---

[2904] Civ. Bruxelles, 26 janvier 2012, *D.C.C.R.*, 2012, p. 125 ; Bruxelles, 27 janvier 2011, R.G. n° 2004/AR/1114, http://www.juridat.be ; Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, 1910, III, p. 291.

[2905] En revanche, dans certaines circonstances exceptionnelles, il est vrai que le débiteur pourrait alléguer que sa faillite résulte d'un événement indépendant de sa volonté (J.-FR. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in *La force majeure – État des lieux*, I. BOUIOUKLIEV (éd.), Limal, Anthemis 2013, p. 46). Tel serait le cas, par exemple, lors de la survenance d'une maladie dont la progression fulgurante a forcé le débiteur à délaisser totalement son activité économique.

[2906] Cass., 28 juin 2018, *R.W.*, 2018-2019, p. 1260 (somm.).

[2907] Bruxelles, 27 juin 2011, R.G. n° 2004/AR/1114, http://www.juridat.be.

[2908] *Ibidem*, n° 73. Selon nous, il faut se garder d'étendre la portée des termes de la Cour d'appel au-delà des procédures d'insolvabilité qui présentent un caractère spécifique. La Cour de cassation a déjà admis qu'un fait du prince constitue une force majeure lorsqu'il représente la cause exclusive de l'impossibilité d'exécution du débiteur. Dans une décision du 13 mai 1996, la Cour a décidé « [qu'attendu] que l'ordre du prince qui commande de faire ou de ne pas faire certains actes peut porter sur une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent et constituer une cause étrangère libératoire » (Cass., 13 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 455, spéc. p. 460).

[2909] Bruxelles, 27 juin 2011, R.G. n° 2004/AR/1114, n° 74, http://www.juridat.be.

[2910] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164. Voy. not. sur le rapport entre l'*intuitus personae* et la caducité : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 991 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 940 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 32-33 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitenrechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers-Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 89-91 ; X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des

R. Jafferali, « L'objet [d'une obligation] comporte donc bien une dimension subjective. Cette idée permet également d'expliquer le sort des contrats conclus en considération de la personne du débiteur en cas de décès, faillite ou d'incapacité de celui-ci. À cet égard, lorsque la personne du débiteur est véritablement intégrée à l'objet (« réifiée »), l'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur d'exécuter personnellement l'obligation entraîne alors la caducité de celle-ci »[2911].

1° Nous souscrivons à ces propos. Afin de le comprendre, il convient de résumer les principales caractéristiques qui définissent la caducité par disparition de l'objet (*supra*, n° 319).

Tout d'abord, la caducité par disparition de l'objet constitue un principe général du droit[2912] qui s'envisage à l'échelle de l'obligation[2913] et du contrat[2914]. En principe, la caducité d'un droit ne se conçoit pas[2915]. Cependant, une partie de la doctrine l'admet quand la perte de l'objet d'un droit rend l'obligation corrélative du cocontractant impossible à exécuter[2916] : le droit d'occuper un cinéma se dissout dès lors que l'autorité retire la licence d'exploitation du preneur, puisque le bailleur ne peut plus lui mettre le bien à disposition selon sa destination initiale[2917].

Ensuite, il y a place pour la caducité lorsque la perte de l'objet d'une obligation crée une impossibilité d'exécution en nature définitive[2918] ou à tout le moins durable[2919]. Cette impossibilité d'exécution s'apprécie de façon relative, compte tenu de la formulation concrète de l'objet des obligations des parties[2920] et, à défaut de précision, par référence au critère de l'homme normalement prudent et diligent[2921]. Il est également admis que la caducité d'une obligation par disparition de son objet peut résulter de la faute du débiteur[2922] ou même d'un fait du créancier[2923].

---

contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », obs. sous Comm. Bruxelles 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, p. 397.

[2911] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164.

[2912] Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1590.

[2913] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS ; Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2053.

[2914] Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, note P.A. FORIERS.

[2915] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 156-157.

[2916] *Ibidem*.

[2917] Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270. Voy. not. sur cette décision : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 157, spéc. note. 120.

[2918] Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.

[2919] Une impossibilité d'exécution revêt un caractère durable lorsqu'elle se prolonge après le terme au-delà duquel l'exécution en nature de l'obligation ne possède plus aucun intérêt ou plus aucune utilité économique pour son créancier (R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159). Voy. dans un sens similaire dans le domaine de la force majeure : Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

[2920] Cass., 12 décembre 1991, *R.C.J.B.*, 1994, p. 7, note Fr. GLANSDORFF ; Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 71, note P.A. FORIERS.

[2921] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 63 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 89.

[2922] *Ibidem.*

[2923] Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2053.

2° La caducité par disparition de l'objet concerne les droits et les obligations *intuitu personae* au sens strict. Nous résumons les principes qui les gouvernent à ce stade (*supra*, n° 282).

Un *intuitus personae* au sens strict signifie que le débiteur s'incorpore dans le contenu de son obligation : seule cette partie peut exécuter l'obligation de façon satisfactoire, c'est-à-dire selon sa formulation de base ; un tiers en modifie la teneur, à l'inverse, quand il l'exécute à la place du débiteur initial[2924]. Un peintre réputé s'incorpore dans la toile qu'il doit réaliser pour son client, de sorte qu'il ne peut pas demander à un autre artiste de la peindre pour lui ; un architecte réputé se réifie dans les plans qu'il doit dessiner, si bien qu'un collaborateur ne peut pas le remplacer[2925].

En outre, les qualités d'un créancier peuvent s'incorporer dans la prestation que son débiteur doit lui fournir, au point que ce dernier ne peut pas imaginer qu'un tiers exerce son droit ou bénéficie du paiement à sa place : ainsi un crédité professionnel justifie le caractère *intuitu personae* au sens strict de son droit de faire appel au crédit, parce que ses qualités définissent l'ampleur et les modalités de l'obligation de mise à disposition des fonds par la banque[2926]. Cette idée aussi se rencontre dans le contrat commodat[2927] ou dans le contrat d'assurance-crédit[2928].

473. Impossibilité juridique d'exécution des obligations et des droits *intuitu personae* au sens strict. – Une impossibilité juridique d'exécution suppose qu'une partie n'ait pas les qualités requises par la loi pour exercer ses droits ou exécuter ses obligations ; c'est aussi le cas quand la loi s'oppose à ce qu'un cocontractant exécute ses obligations ou exerce ses droits[2929].

La faillite constitue le domaine de prédilection de l'impossibilité juridique d'exécution, puisque cet événement entraine le dessaisissement du patrimoine du failli. Dans cette situation, le failli perd sa capacité à administrer et à disposer de son patrimoine au profit du curateur, conformément à l'article XX.110 du Code de droit économique. La dissolution automatique des obligations ou des droits *intuitu personae* au sens strict se comprend alors quand ils entretiennent un lien étroit avec le patrimoine du failli : un tiers – dont le curateur ou le co-curateur – ne peut pas se substituer au failli afin de les exécuter ou de les exercer dans ce cas. M. Lemal se rallie à cette idée, en écrivant que « la faillite ne pourrait entraîner la dissolution de plein droit d'un contrat *intuitu personae* que dans l'hypothèse où, de prime abord, il apparaît qu'il sera impossible,

---

[2924] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 577, n° 632 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401 ; Voy. not. en droit français : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 72 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 270, n° 934 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28 ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 24.

[2925] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 234 ; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69.

[2926] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405, n° 529 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, p. 196, n° 15.

[2927] R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845, p. 16.

[2928] P. BECUE, « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, pp. 5-6.

[2929] M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 234-235 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 409-410.

matériellement ou juridiquement, d'en poursuivre l'exécution »[2930] . L. Fredericq pense aussi que « Lorsque, dans l'intention des parties, l'engagement dont l'exécution intéresse le patrimoine du débiteur ne peut être tenu que par lui, sa faillite doit nécessairement rendre le contrat caduc »[2931].

Dans ce cadre, ce raisonnement explique la dissolution *des droits* dans lesquels le failli s'incorpore. Une décision de la Cour d'appel de Liège du 15 octobre 2002 s'inscrit implicitement dans cette logique[2932]. En l'espèce, la Cour a décidé que « la clôture des comptes courants et de l'ouverture de crédit intervient (...) lorsque l'impossibilité juridique de poursuivre l'exécution du contrat a été consacrée par le jugement déclaratif de faillite »[2933]. Le principe du dessaisissement s'oppose à ce que le failli continue à puiser dans l'ouverture de crédit ou à faire usage des droits qui découlent du compte courant. En règle, il est admis qu'un tiers – dont le curateur – ne peut pas se substituer au failli afin d'exercer les droits issus de ces conventions[2934]. Dans un arrêt du 26 novembre 2009, la Cour de cassation a ainsi décidé que « *Een kredietopening verleent aan de kredietnemer* een persoonlijk recht *om, op zijn verzoek, gebruik te maken van de door de kredietovereenkomst toegekende kredietruimte* »[2935]. Le montant, les modalités d'exercice et la rétribution de la banque dépendent normalement à ce point des qualités du crédité qu'un tiers ne peut pas en disposer à sa place[2936]. De ce fait, l'obligation corrélative de mise à disposition des fonds de la banque devient impossible à exécuter et implique donc la dissolution du contrat [2937].

De surcroit, il arrive que le failli s'incorpore dans l'objet *des obligations* patrimoniales qui lui incombent. Les contrats de distribution commerciale comportent parfois des obligations *intuitu personae* au sens strict du terme : il en va ainsi dans le domaine de la haute horlogerie, où les distributeurs collaborent étroitement avec leurs fournisseurs et disposent aussi de qualités très spécifiques[2938]. Dans ce cas de figure, le principe du dessaisissement ne permet plus au failli d'exécuter ses obligations et le curateur ne pourra pas s'y substituer. Dans un sens similaire, la faillite emporte évidemment la dissolution des obligations du franchiseur quand le curateur ne peut

---

[2930] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79. Voy. dans un sens similaire en droit français : E. BONNICHON, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, pp. 20-21.

[2931] L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 533. Voy. not. dans le même sens : FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 116.

[2932] Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138.

[2933] *Ibidem*, spéc. p. 139.

[2934] Voy. not. : D. VAN DER MOSEN et J.-P. BUYLE, « Beslag onder derden en kredietopeningen: het einde van een controverse? », obs. sous Cass. 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, pp. 103-104 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405 ; A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, pp. 195-196.

[2935] Nous soulignons. Voy. : Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100.

[2936] A. VAN MAELE, *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951, pp. 195-196, n° 12. Cons. également sur ce point : A.F.M.E., « Lever des fonds pour les petites et moyennes entreprises. Guide pratique du financement bancaire, obligataire et par actions », Éd. de septembre 2015, p. 12, www.afme.eu ; R. BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de Services Interentreprises – Interbancaires, 1973, pp. 39-42.

[2937] M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 144 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 235-236, spéc. note 16.

[2938] Voy. not. sur cette question : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 73-75 ; S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, pp. 50-53.

pas poursuivre son activité. Par exemple, lors d'une décision du 9 décembre 1982, le président du Tribunal de commerce de Bruxelles a constaté la dissolution de plein droit d'une franchise dans la mesure où « la fin de l'activité du franchiseur entraîne la fin du contrat, *intuitu personae*, de franchise, le franchiseur ne pouvant plus respecter ses obligations envers le franchisé »[2939].

Dans tous les cas, il convient de remarquer que l'intensité de l'*intuitus personae* dépend de l'analyse *concrète* de la volonté des parties. La rédaction des clauses contractuelles revêt une importance déterminante. Une décision du Tribunal de commerce de Liège du 13 janvier 2012 en témoigne à propos d'un contrat bancaire et d'une ouverture de crédit[2940]. En l'espèce, le Tribunal a constaté qu'un article des conditions générales « affirme le droit pour la banque de dénoncer l'ouverture de crédit [en cas de faillite], ce qui exclut l'automaticité. Cette convention est parfaitement valide dès lors que le caractère *intuitu personae* n'est pas d'ordre public et que les banques peuvent ainsi renoncer à l'automaticité de la rupture des conventions »[2941]. Partant, comme les droits du failli ne présentaient concrètement pas un *intuitus personae* au sens strict, le Tribunal a conclu au maintien de l'ouverture de crédit et du « compte bancaire qui, à compter du jour de la faillite, fut à la disposition des curateurs de Bétonrésine et auquel[s] ceux-ci n'avaient pas mis fin nonobstant la faculté qui leur en était réservée par l'article 46 de la loi sur les faillites »[2942].

474. Impossibilité matérielle d'exécution des obligations ou des droits *intuitu personae* au sens strict. – Une impossibilité matérielle d'exécution suppose que le failli ne peut physiquement, c'est-à-dire matériellement, pas accomplir son obligation ou exercer son droit de façon satisfactoire. Il n'est pas question d'un obstacle juridique dans cette hypothèse[2943].

Une impossibilité matérielle d'exécution s'envisage dans les hypothèses où le failli ne doit pas faire appel à son patrimoine pour exécuter ses obligations ou exercer ses droits. Toutefois, il est vrai qu'elle s'avère plutôt rare même pour les engagements colorés d'un *intuitu personae* au sens strict du terme. A. Delvaux et A. Dessard rappellent, à ce sujet, que « le caractère *intuitu personae* d'un contrat peut tenir plus de l'art ou de l'habileté individuelle de l'artisan (en ébénisterie, menuiserie, ferronnerie, etc.) que de son patrimoine. Si tel est le cas, le curateur peut opter pour la continuation du contrat en cours »[2944]. Dans cette situation, le dessaisissement du patrimoine ne crée aucune impossibilité juridique ou matérielle d'exécution dans le chef du failli[2945] : rien ne s'oppose à ce que le curateur opte pour la continuation du contrat en décidant, par exemple, d'employer le failli pour qu'il exécute ses obligations comme les articles XX.140 et XX.152 du Code de droit économique l'autorisent. La faillite ne dissout donc pas le contrat.

[2939] Comm. Bruxelles (réf.), 9 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 399, spéc. p. 400.
[2940] Comm. Liège, 13 janvier 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 119.
[2941] *Ibidem*, spéc. p. 124.
[2942] *Ibidem.*
[2943] Cons. not. pour une définition similaire : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 234-235 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 410-411.
[2944] A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise », in *Rép. not*., t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253.
[2945] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79. Voy. dans un sens similaire : FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, note n° 1. Ces auteurs se fondent sur le *Traité* de E. Thaller et J. Percerou afin d'appuyer leur point de vue (E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité*, t. II, 1913, n° 879, pp. 27-28).

Ce raisonnement ne signifie pas qu'il n'y existe jamais d'impossibilité matérielle d'exécution en pratique. Cependant, il faut rechercher *in concreto* les raisons qui justifieraient une telle impossibilité. Par exemple, conformément à l'article XX.142 du Code de droit économique, le curateur pourrait vendre des machines spécifiques avant le premier procès-verbal de vérification de créance et se trouver dans l'incapacité de les racheter[2946]. Si ces machines s'avèrent indispensables à l'exécution d'obligations *intuitu personae* au sens strict, leur vente rend les prestations du failli impossibles à exécuter de façon satisfactoire et entraine donc leur dissolution.

3) Caducité par disparition de la cause subjective

475. Référence à la caducité par disparition de la cause subjective. – La disparition de la cause subjective n'entraine pas, en règle, la caducité de l'acte juridique concerné[2947]. Toutefois, les arrêts de la Cour de cassation du 21 janvier 2000[2948] et du 6 mars 2014[2949] suggèrent l'existence d'exceptions. Certains auteurs estiment que la faillite en fait notamment partie[2950] ; d'autres rejettent, en revanche, une telle analyse compte tenu des incertitudes qui entourent cette théorie[2951].

Selon P.A. Foriers, la caducité se conçoit « lorsque la disparition de la cause conduit à une impossibilité d'exécution – notamment si c'est la cause objective qui est touchée – ou, dans les contrats *intuitu personae*, s'il y a décès ou faillite de l'une des parties »[2952]. D'autres partagent ce point de vue. S. Stijns enseigne ainsi que « *De onmogelijkheid om aan een overeenkomst nog uitvoering in nature te geven, vindt men tevens bij een contract* intuitu personae, *wanneer de persoon uit aanmerking van wiens identiteit, bijzondere hoedanigheid of eigenschappen het contract is aangegaan, komt te overlijden. […] Faillissement en onbekwaamverklaring worden geassimileerd aan de dood van de* intuitus *indien ze, wat de uitvoering van het contract aangaat, tot hetzelfde resultaat leiden. […] Wij staan hier inderdaad voor een reëel geval waar het wegvallen van de oorzaak wel degelijk de onmogelijkheid van uitvoering tot gevolg heeft »*[2953].

[2946] L'article XX.142 du Code de droit économique indique que « Les curateurs peuvent, nonobstant tout recours contre le jugement déclaratif de faillite et sur l'autorisation du juge-commissaire, vendre immédiatement les actifs sujets à dépérissement prochain, à dépréciation imminente, ou si le coût de la conservation des biens est trop élevé compte tenu des actifs de la faillite ».

[2947] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612 ; Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2934 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165. Voy. à ce sujet : S. STIJNS et H. GEENS, « Glorie en teloorgang van het verval van rechtshandelingen wegens de verdwijning van hun subjectieve oorzaak. Een duiding van het Cassatiearrest van 12 december 2008 inzake schenkingen », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers – Oxford, Intersentia, 2009, p. 306 ; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 126 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 96.

[2948] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.

[2949] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.

[2950] Voy. not. : A. BOËL, « La caducité », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2008, p. V.2.5 – 11 ; P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 678 ; T. DE LOOR, « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, p. 773 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 90.

[2951] Comm. Dinant, 1er avril 2011, *R.G.D.C.*, 2015, p. 114.

[2952] P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 678.

[2953] S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 90-91.

1° Ces propos emportent la conviction. Afin de le comprendre, nous résumons les caractéristiques essentielles qui entourent la caducité par disparition de la cause (*supra*, n° 322).

La Cour de cassation envisage la caducité par la disparition de la cause subjective à l'échelle de l'acte juridique, c'est-à-dire au niveau des testaments[2954] ou des conventions de tontine[2955]. Toutefois, à l'instar de la théorie de la caducité par la perte de l'objet, il nous semble que la caducité par la disparition de la cause subjective s'appréhende également à l'échelle des obligations[2956].

Par ailleurs, la perte de la cause subjective entraine la caducité lorsque cette disparition implique une impossibilité définitive[2957] ou à tout le moins durable d'exécution[2958]. Cette dernière possède un caractère relatif[2959] : elle s'apprécie donc *in concreto* à la lumière des termes de l'acte[2960], de la formulation concrète de l'objet des obligations des parties[2961] et de leur raison d'être[2962]. Enfin, nous pensons que la caducité d'une obligation par disparition de sa cause subjective doit résulter d'un événement indépendant de la volonté de la partie qui s'en prévaut[2963].

2° La caducité par la perte de la cause explique la dissolution des contrats *intuitu personae* au sens strict ou au sens large. Il nous reste donc à résumer les principes qui entourent les contrats dotés d'une faible dose de considération de la personne pour le comprendre (*supra*, n° 282).

Un *intuitus personae* au sens large existe quand les qualités du débiteur déterminent l'engagement du créancier, sans s'incorporer dans l'obligation qu'il doit remplir ; un tiers nanti de qualités équivalentes peut, en principe, payer de façon satisfactoire. Lorsque la considération de la personne repose sur un agrément ou une certification, un tiers doté de cette qualité interchangeable peut s'acquitter des obligations du débiteur initial ; si une partie exige de l'autre qu'elle ait une certaine moralité ou honorabilité pour exécuter ses obligations, rien ne s'oppose à ce qu'un tiers exécute les obligations de ce débiteur pour autant qu'il présente ces qualités subjectives[2964].

[2954] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 165.
[2955] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.
[2956] Voy. en détail à cet égard : J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 97, n° 9.
[2957] Voy. par identité de motifs avec la caducité par disparition de l'objet d'une obligation : Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519, note P.A. FORIERS.
[2958] Voy. sur la notion d'impossibilité durable : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 159. Voy. not. sur l'impossibilité d'exécution dans cette caducité : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 21 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 117.
[2959] S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 89, n° 45.
[2960] Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.
[2961] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616.
[2962] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 616 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE.
[2963] La Cour de cassation a formulé cette condition dans le domaine des libertés testamentaires : Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 168 ; Cass., 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 77, note S.J. NUDELHOLE. Voy. en faveur de la généralisation de cette condition : Voy. dans le même sens : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 106 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 101 et p. 141 ; T. DE LOOR, « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, p. 775.
[2964] Voy. not. pour un exemple : Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.

En pratique, il arrive que certains droits contiennent une faible dose d'*intuitus personae*. Il s'agit du cas lorsque les qualités du créancier déterminent le débiteur à s'engager, sans s'incorporer dans la prestation que cette partie doit lui fournir. Dans cette situation, le droit contient un *intuitus personae* au sens large, qui ne fait pas toujours obstacle à son exercice par un tiers : ainsi en est-il lors de la cession des droits issus d'un contrat de licence de brevet sur un logiciel standard[2965].

476. Impossibilité morale d'exécution du fait de la faillite. – Dans les contrats *intuitu personae*, les actes d'un cocontractant peuvent rompre la confiance que l'autre lui porte au point de déboucher sur un motif grave, c'est-à-dire sur un obstacle psychologique durable à la poursuite de la convention[2966]. La disparition de la cause subjective – la confiance déterminante – de la partie confrontée au motif débouche alors sur une impossibilité morale d'exécution. Dans ce cas, la victime de ces actes peut résilier le contrat sans délai raisonnable de préavis[2967] (*supra*, n° 335).

Ces principes rejoignent la *ratio legis* de l'article 2003 du Code civil et celle de l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations. En effet, les rédacteurs du Code civil ont jugé que « la faillite de l'un des associés opère aussi la dissolution de la société. Il ne peut plus y avoir ni confiance dans la personne, égalité dans le contrat, qui tombe aussitôt, parce qu'il reposait principalement sur ces deux bases »[2968] ; de même, s'agissant de la déconfiture du mandataire, les rédacteurs du Code ont estimé que cette partie « ne mérite plus aucune confiance, et tous les liens qui les unissaient l'un à l'autre sont nécessairement rompus »[2969]. Toutefois, la dissolution de plein droit s'accorde mal avec l'impossibilité morale lors d'une faillite : la caducité ne résulte pas de la disparition du failli, mais d'un obstacle psychologique. Il convient donc de laisser une marge d'appréciation à celui qui l'invoque et, de ce fait, de lui reconnaitre un droit de résiliation[2970].

Une partie de la doctrine belge recourt à ce raisonnement dans le domaine de la procédure de réorganisation judiciaire[2971]. I. Verougstraete écrit, à cet égard, que « l'ouverture de la procédure

---

[2965] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.

[2966] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123. Voy. à la suite de cet auteur : Y. VAN WASSENHOVE, « Kredietverlening aan KMO's », *N.J.W.*, 2014, p. 636 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89. Voy. dans un sens similaire : S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, pp. 159-161 ; J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190 ; R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 321.

[2967] Le législateur a reconnu l'existence de ce droit de résiliation par diverses dispositions légales. Tel est, par exemple, le cas de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 (contrat de travail), de l'article X.17 du Code de droit économique (agence commerciale) et de l'article 7 de la loi du 4 novembre 1969 (bail à ferme). Voy. en doctrine à cet égard : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 116-117. Voy. dans le même sens en droit français : P. MOUSSERON, « Les sanctions de l'altération du lien d'alliance du membre d'un groupement », *J.C.P.*, E, 2006, 1607, p. 721.

[2968] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 527.

[2969] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 258.

[2970] Cette idée s'accorde avec la pratique contractuelle. Une multitude de conventions prévoient un droit de résiliation pour disparition de la confiance en cas de faillite de partie. Voy. not. pour les clauses de dénonciation dans les contrats de crédit : Comm. Liège, 13 janvier 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 119.

[2971] Y. VAN WASSENHOVE, « Kredietverlening aan KMO's », *N.J.W.*, 2014, p. 636 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1012 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 171 ; A.

de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats conclus *intuitu personae*, à moins bien entendu que la confiance des parties au contrat conclu *intuitu personae* ne soit ébranlée *au point que ledit contrat ne puisse être davantage exécuté* »[2972]. Selon nous, afin de pouvoir résilier le contrat, l'auteur de la rupture doit alors prouver que la réorganisation judiciaire constitue un motif grave, c'est-à-dire un obstacle psychologique durable à la continuation de la relation contractuelle.

Dans certaines circonstances particulières, il est possible que la réorganisation judiciaire porte gravement atteinte à l'image ou la réputation d'une partie à un contrat *intuitu personae* reposant sur une confiance de haute intensité. Une décision du Tribunal de grande instance de Paris du 3 mars 1974 en témoigne[2973]. Il était alors question d'un contrat de fabrication sous licence exclusive d'exploitation d'un brevet des cafetières « Cona ». La société exploitant le brevet tombe sous l'ancien régime de la mise en règlement judiciaire – l'équivalent de la procédure la réorganisation judiciaire belge. En l'espèce, le Tribunal de grande instance a constaté que « le contrat de licence sous exploitation d'un brevet, et à plus forte raison un tel contrat lorsqu'il accorde une exclusivité dans une aire territoriale donnée, et plus encore quand la marchandise est commercialisée sous la marque et nom du donneur de licence, est chargée du maximum d'*intuitus personae* imaginable dans ce genre de convention »[2974]. Partant, le Tribunal a approuvé l'acte de résiliation du donneur de licence en raison de l'atteinte « *très grave au prestige* et à la trésorerie du cocontractant entièrement *déçu en sa confiance* dans la capacité des dirigeants de la maison »[2975].

Selon certains auteurs, cette analyse s'applique à la faillite quand la confiance représente l'élément déterminant de la relation contractuelle : il en va ainsi pour certains contrats bancaires[2976]. Par ailleurs, pour d'autres conventions, une impossibilité morale d'exécution se conçoit dans l'hypothèse la confiance dans les capacités de gestion de fonds du failli s'avérait essentielle aux yeux de son cocontractant. Une décision du Tribunal de commerce de Bruxelles du 7 février 1995 illustre cette idée[2977]. Une société – la S.A. Derby – avait confié la gestion de seize agences hippiques à un délégué régional indépendant sur la base de contrats de louage d'industrie. Le Tribunal a constaté que la confiance en l'honorabilité financière du délégué régional était un élément implicitement déterminant dans ces contrats vu l'objet de ses obligations : ces dernières impliquaient, entre autres, la collecte et la gestion de fonds ainsi que la représentation de la SA auprès des autorités publiques. Le délégué régional tombe en faillite. Selon le Tribunal, « Ces contrats étaient des contrats *intuitu personae*, la considération de la personne du débiteur ayant été essentielle lors de leur conclusion notamment *eu égard aux fonds qui devaient être maniés* par celui-ci et *la confiance que cela nécessitait* »[2978]. En conclusion, bien que le Tribunal ne se

---

ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises – Prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 100. Voy. sous l'empire des anciennes législations : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 116-117.

[2972] Nous soulignons. Voy. à cet égard : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 171.

[2973] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, 1974, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.

[2974] *Ibidem*.

[2975] *Ibidem*, spéc. p. 15. Nous soulignons.

[2976] Y. VAN WASSENHOVE, « Kredietverlening aan KMO's », *N.J.W.*, 2014, p. 636 ; J.-P. BUYLE et P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires », in *Le droit bancaire et financier en mouvement*, M. GRÉGOIRE (éd.), coll. « UB[3] », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 45-46 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 405.

[2977] Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 450.

[2978] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 451).

prononce pas sur l'existence d'un droit de résiliation, il a décidé que « La survenance de la faillite de Mr Bassoulet, débiteur des services convenus a mis fin de plein droit à ces contrats »[2979].

477. Impossibilité matérielle et juridique d'exécution des obligations ou des droits *intuitu personae* au sens large. – En pratique, il arrive que la perte d'une qualité déterminante entraine la caducité d'un acte juridique par disparition de sa cause subjective à partir du moment où elle débouche sur une impossibilité définitive ou à tout le moins durable d'exécution [2980].

1° Le dissolution de plein droit se conçoit notamment lorsque la perte d'une qualité déterminante ne permet plus au failli d'exécuter ses obligations en nature de façon satisfactoire[2981].

Cette idée se vérifie quand la faillite implique la perte d'un agrément ou d'une certification nécessaire à l'exécution des obligations contractuelles du failli. Par exemple, un contrat de maintenance peut requérir du prestataire qu'il dispose d'un agrément spécifique pour entretenir des machines industrielles parce que les autorités l'exigent : si le prestataire perd son agrément à la suite de la faillite, son cocontractant peut constater que la perte de cette qualité déterminante rend ses obligations impossibles à exécuter de façon satisfactoire et qu'elle entraine donc leur caducité.

En outre, une conception large de la cause permet d'expliquer la dissolution d'un contrat lorsque la faillite entraine la radiation durable d'un titulaire de profession libérale. La perte de l'accès à la profession – objectivement déterminant pour son client – nous semble faire obstacle à l'exécution des obligations par le failli et par le curateur. Cette impossibilité d'exécution entraine donc la dissolution du contrat par disparition de la cause de l'engagement du client. Par une décision du 14 février 1962, relative à la radiation d'un architecte, le Tribunal de Grande instance de la Seine a ainsi considéré que « Cette considération [*i.e.* l'accès à la profession] a été un élément déterminant de la conclusion du contrat et celui-ci doit être résilié, comme étant privé de l'un de ses éléments substantiels par suite de l'impossibilité de l'architecte de continuer à exercer sa profession »[2982]. L'article 160*ter* du Code de déontologie des avocats de l'*Ordre van Vlaams Balies* fournit un exemple de radiation à la suite d'une faillite. Selon cette disposition, « *De advocaat die failliet is verklaard wordt vanaf datum van het vonnis dat zijn faillissement uitspreekt ambtshalve weggelaten van het tableau of de lijst van stagiairs of de lijst bedoeld in artikel 58* »[2983]. Nous reviendrons sur la dissolution à la suite de la perte d'un accès à la profession (*infra*, n° 496).

[2979] *Ibidem.*

[2980] Voy. sur la perte d'une qualité déterminante en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, pp. 298-299 ; F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 160-171 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 368-370 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 301-321.

[2981] Voy. not. à ce sujet en droit français : D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 298 ; F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 160-161 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 368-369 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 302.

[2982] T.G.I de la Seine, 14 février 1962, *D.*, 1962, somm., p. 97.

[2983] Il convient de remarquer qu'il s'agit là d'une solution diamétralement opposée à celle retenue par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone : elle repose sur la volonté « de régler de nombreuses difficultés pratiques, notamment si l'on découvre que la faillite comportait des éléments critiques en ce qui concerne le comportement de l'avocat (fraude, etc.) » Voy. le témoignage du bâtonnier du barreau de Gand rapporté à l'O.B.F.G. lors des discussions relatives à l'adoption du règlement de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone du 23 avril 2018 insérant un alinéa à l'article 1.2 du Code de déontologie de l'avocat (Procès-verbal de l'assemblée générale du 23 avril 2018 de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, p. 8, https://avocats.be/).

2° Dans cet ordre d'idées, il convient de remarquer que la dissolution de plein droit des obligations *intuitu personae* d'une partie à la suite de son insolvabilité suscite le débat.

Selon d'aucuns, le *débiteur* ne peut pas se fonder sur son insolvabilité pour se soustraire à l'exécution de ses obligations à l'occasion d'une faillite. Cette situation ressort souvent de faits qui lui sont imputables et qui ne constituent donc pas une force majeure[2984]. Dans un arrêt du 28 juin 2018, la Cour de cassation a ainsi décidé que « « *Een schuldenaar is bevrijd van zijn verbintenis indien de nakoming van de verbintenis blijvend is geworden door overmacht. Financieel onvermogen, ook al is het gevolg van externe omstandigheden die voor schuldenaar overmacht uitmaken, heeft niet tot gevolg dat de schuldenaar bevrijd is van zijn betaalverbintenis* »[2985].

La question se pose sous un angle différent lorsque le *créancier* a pris soin d'ériger la solvabilité de son débiteur en *qualité déterminante* de son consentement[2986]. Le créancier peut alors prouver que l'insolvabilité du failli rend ses obligations impossibles à exécuter et qu'elles s'avèrent donc caduques à défaut de cause subjective. Toutefois, dans cette situation, il est vrai que le créancier éprouvera d'importantes difficultés à démontrer l'existence d'une impossibilité d'exécution. L'insolvabilité du débiteur ne l'empêche effectivement pas d'accomplir ses obligations de *facere*[2987] : le curateur peut l'employer ou même faire appel à un tiers afin de les accomplir de façon satisfactoire. Pour certains auteurs, un ébéniste réputé peut terminer la réalisation d'une commande de valeur qu'il avait entamée en dépit de son insolvabilité[2988].

La preuve d'une impossibilité d'exécution parait également difficile à administrer lorsqu'il est question d'une obligation *de dare*. Par un arrêt du 13 mars 1947, la Cour de cassation a décidé qu'une impossibilité d'exécution « ne se conçoit même point lorsque l'obligation ne consiste que dans le payement d'une somme d'argent »[2989]. Cependant, selon P.A. Foriers et Ch. de Leval, cette affirmation « traduit le "*quod plerumque fit*". Mais elle doit être écartée chaque fois que le débiteur de choses de genre se trouve en présence d'une véritable impossibilité d'exécution découlant d'une cause étrangère »[2990]. Dans certaines circonstances, il est vrai que la situation financière du débiteur pourrait se trouver irrémédiablement compromise avec la survenance de sa faillite, c'est-à-dire obérée au point qu'il ne pourra durablement plus exécuter ses obligations pécuniaires à la suite de

---

[2984] Civ. Bruxelles, 26 janvier 2012, *D.C.C.R.*, 2012, p. 125 ; Bruxelles, 27 janvier 2011, R.G. n° 2004/AR/1114, http://www.juridat.be ; Comm. Dinant 26 mai 1987, *Rev. de la banque*, 1988, p. 33 ; Bruxelles, 6 juin 1985, *Res et jura imm*., 1986, p. 17 ; Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, 1910, III, pp. 290-291 ; Gand, 30 mai 1889, *Jur. Fl*., 1889, p. 255 ; Gand, 30 avril 1889, *Jur. Fl.*, 1889, p. 259 ; Gand, 20 avril 1887, *Pas*., 1887, p. 385 ; Comm. Gand, 12 juin 1886, *Jur. Fl*., 1886, p. 290.

[2985] Cass., 28 juin 2018, *R.W.*, 2018-2019, p. 1260 (somm.).

[2986] Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468

[2987] FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, spéc. note 1 ; A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise », in *Rép. not*., t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253. Par ailleurs, en dehors du droit de la faillite, le Tribunal de première instance de Liège a également admis que l'insolvabilité du débiteur ne l'empêchait pas d'accomplir ses obligations dans la mesure où le créancier lui mettait les matériaux nécessaires à sa disposition (Civ. Liège, 8 septembre 1982, *J.L.*, 1983, p. 59).

[2988] Voy. sur cet exemple : A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise », in *Rép. not*., t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253.

[2989] Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 110.

[2990] Cette affirmation prend place dans le cadre de la force majeure et, en particulier, par rapport à l'adage « *Genera non pereunt* ». Selon nous, elle se transpose à l'impossibilité d'exécution de la caducité. Voy. à cet égard : P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, p. 265. Voy. dans un sens similaire : A. DE BOECK, « *Genera non pereunt*, of toch wel? », *R.G.D.C.*, 2009, pp. 447-448.

cet événement. Cette idée permet au créancier de constater la caducité d'une convention à prestations successives pour autant qu'il ait érigé la solvabilité du failli en qualité déterminante de son engagement. Par un arrêt du 21 mars 1995, c'est sans doute pour cette raison que la Cour d'appel de Liège a considéré, certes de façon généreuse dans cette affaire, que « la société de leasing ne conclut le bail qu'après s'être assurée, tout à fait comme en matière de crédit, de la situation financière du demandeur »[2991], de sorte « qu'il s'agit donc de contrats conclus *intuitu personae* dont la faillite d'Albert Pirotte [*i.e.* le *lessee*] provoque la dissolution de plein droit »[2992].

§2. – Moyens d'action à disposition du curateur et du cocontractant du failli en l'absence de dissolution de plein droit

478. Erreur sur la solvabilité et exécution des obligations du failli. – La dissolution du contrat *intuitu personae* ne constitue pas un passage obligé lors d'une faillite. Cette conclusion laisse place à de nouveaux moyens d'action pour les créanciers du failli. En effet, le cas échéant, ces derniers pourraient remettre en cause le contrat conclu avec le failli par le biais d'une erreur sur sa personne et donc sur sa solvabilité. (**A**). De son côté, le curateur peut exécuter les obligations du failli *qualitate qua*, recourir aux services du failli ou faire appel à un tiers afin d'atteindre ce résultat (**B**).

A. L'erreur sur la solvabilité du failli

479. Application de l'erreur sur la personne à la faillite. – L'article 1110, alinéa 2, du Code civil prescrit les conditions de l'erreur sur la personne. Afin d'entrainer la nullité, la méprise de l'*errans* doit avoir un caractère déterminant[2993], commun[2994] et excusable[2995] (*supra*, n^{os} 48-59).

Dans le droit de l'insolvabilité, l'erreur sur la personne présente de l'intérêt en ce qui concerne la méprise sur la solvabilité du débiteur failli. Deux observations s'imposent à ce sujet.

Tout d'abord, certains auteurs se sont demandé si la solvabilité entrait dans le champ d'application de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil : la solvabilité constituerait davantage une qualité du patrimoine qu'une qualité de la personne physique en elle-même. Selon nous, s'il est vrai que la solvabilité s'attache à un patrimoine, il faut admettre que cet élément relève des capacités de gestion de la personne qui le gère. Dans cette logique, F. Valleur pense que la solvabilité d'une partie peut donc être « considérée comme une qualité de la personne qui possède ce patrimoine et en assure la gestion. C'est une qualité de la personne fondée à la fois sur l'élément patrimoine qu'elle a et sur ses capacités personnelles quant à la gestion de ce patrimoine »[2996].

Il convient aussi de se demander comment les parties peuvent ériger la solvabilité en élément déterminant de leur consentement. La simple volonté de contracter avec un partenaire solvable ne suffit pas pour atteindre ce résultat : il appartient au créancier de démontrer

---

[2991] Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.
[2992] *Ibidem*, spéc. p. 469.
[2993] A. DE BOECK et J. WAELKENS, « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, p. 25 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 239 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 81 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 52.
[2994] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^{e} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 55.
[2995] Cass. fr. soc., 3 juillet 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, p. 197. Voy. dans le même sens en droit belge : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^{e} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 240.
[2996] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 232-233.

concrètement que la solvabilité de son débiteur failli représentait un élément essentiel de son engagement au moment de la conclusion du contrat[2997]. De ce fait, le caractère déterminant de la solvabilité ressortira le plus souvent d'une clause du contrat, de l'examen de documents précontractuels ou des particularités de l'objet des obligations d'une partie[2998]. Dans une décision du 30 mars 1963, la Cour de cassation française a ainsi confirmé le caractère déterminant de la solvabilité d'un acheteur au motif « qu'en vendant pour *l'importante somme de 47 000 000 AF* un château et un domaine, [le vendeur] n'avait voulu traiter qu'avec un acheteur libre de ses droits, juridiquement capable de s'acquitter de ce prix par un payement opposable à tous »[2999].

480. Erreur sur la personne du débiteur principal invoquée par la caution dans ses rapports avec le créancier. – Une autre difficulté a retenu l'attention de la doctrine dans le cadre de la faillite : il s'agit de l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal invoquée par la caution. Cette situation pose question étant donné que le débiteur est un tiers au contrat de cautionnement.

Dans ce cas de figure, une majorité des auteurs français se prononcent en faveur de l'erreur[3000], même si certains considèrent que pareille méprise doit rester exceptionnelle[3001]. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 1er octobre 2002 s'inscrit aussi dans cette logique[3002]. Une personne avait cautionné les dettes d'une société admise en procédure de redressement judiciaire peu de temps après la conclusion du contrat. Afin de s'en dégager, la caution allégua l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal. La Cour de cassation a fait droit à cette prétention. Selon elle, « attendu qu'après avoir relevé, par des motifs propres et adoptés, que M. Burtin, tiers à la société, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque, qui était en relation d'affaires avec cette société depuis 1984, ne pouvait ignorer cette situation, l'arrêt retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution ; qu'ainsi, ayant fait ressortir que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal une condition tacite de sa garantie, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »[3003].

Certains auteurs belges ont également admis l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal[3004]. La caution peut donc y recourir si elle parvient à démontrer qu'elle a érigé la solvabilité du débiteur principal en un élément déterminant de son engagement et que le failli

---

[2997] Cass. fr. civ., 5 août 1874, *D.P.*, 1875, I, p. 105. Des exceptions existent à ce principe. Tel est le cas en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire où la loi prévoit que la banque doit tenir compte de la solvabilité du consommateurs lorsqu'il sollicite un crédit (articles VII.77, §1er et VII.133, §1er, du Code de droit économique).

[2998] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 261-262 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 235.

[2999] Nous soulignons. Voy. à cet égard : Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jur. p. 403.

[3000] L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, pp. 107-108 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, pp. 967-971 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis, 2008, p. 146 ; F. GARRON, « L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat », *R.L.D.C.*, 2004, pp. 76-77 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 261-262. Voy. pour une opinion plus réservée : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2010, pp. 227-235.

[3001] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, pp. 261-262.

[3002] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, IV, 2002, p. 149, n° 131.

[3003] *Ibidem.*

[3004] E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 269. Voy. dans un sens similaire : M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 21-22.

s'avérait insolvable à la conclusion du cautionnement. Une telle méprise s'appréhende sous l'angle de l'erreur sur le mobile déterminant et, de la sorte, à la lumière des conditions de l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil. Dans une décision du 14 janvier 2013, la Cour de cassation a effectivement décidé que « La substance même de la chose [au sens de l'article 1110 du Code civil] consiste en tout élément qui a déterminé une partie à conclure, que la partie cocontractante devait connaitre et sans lequel la convention n'aurait pas été conclue. […] La convention dont le mobile déterminant est fondé sur une représentation involontairement erronée de la réalité, n'est pas une convention dénuée de cause ou fondée sur une cause erronée mais une convention dont le consentement est entaché d'erreur. L'erreur n'est une cause de nullité que si elle est excusable »[3005].

Enfin, une partie de la doctrine belge doute de la compatibilité de l'erreur sur la solvabilité avec l'abstraction du cautionnement[3006]. En effet, selon J. Van Ryn et J. Heenen, l'abstraction suppose que « la caution ne peut opposer au créancier des moyens déduits de son contrat avec le débiteur ; les exceptions résultant du contrat garanti demeurent opposables »[3007]. Selon nous, le principe de l'abstraction ne fait pas obstacle à l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal : lorsque la caution érige *in concreto* la solvabilité en élément déterminant du cautionnement, elle fait de cette qualité une exception issue du contrat qu'elle a conclu avec le créancier et non du rapport qu'elle entretient avec le débiteur[3008]. Ph. Simler ajoute, à ce sujet, que « La finalité même [du cautionnement] interdit, en effet, à la caution d'invoquer une prétendue erreur sur une insolvabilité du débiteur survenue en cours de contrat. La couverture de ce risque constitue l'objet même de la garantie. Au surplus, cette circonstance, par hypothèse postérieure à l'engagement de la caution, ne peut avoir vicié son consentement. Au contraire, la situation patrimoniale du débiteur à l'instant de son engagement aura habituellement constitué pour la caution un élément déterminant. Si elle a cru le débiteur solvable alors qu'il ne l'était déjà plus, les conditions d'une annulation pour erreur sur la substance – sur un motif déterminant – paraissent bien remplies »[3009].

[3005] Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 71, *R.W.*, 2013-2014, p. 343.

[3006] P.A. FORIERS, « Le cautionnement et la responsabilité du donneur de crédit », obs. sous Bruxelles 27 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, pp. 282-283 ; S. VELU, « La libération de la caution à l'égard du créancier sur base d'exceptions », obs. sous Bruxelles 16 juin 1975, *Rev. de la banque*, 1976, pp. 313-317. Pour ces auteurs, l'abstraction s'oppose à ce que le juge considère *objectivement* la solvabilité du débiteur comme un élément déterminant du consentement du créancier. En revanche, la solvabilité pourrait toujours être élevée à ce rang en raison d'une clause. Nous souscrivons partiellement à ce propos. Il est vrai que le juge ne peut pas considérer la solvabilité du débiteur principal comme un élément normalement déterminant du consentement de la caution (Civ. Namur, 1er avril 1988, *J.T.*, 1988, p. 410). Toutefois, ce rejet ne nous semble pas résulter du principe de l'abstraction, mais de la finalité même du cautionnement qui vise à assurer les dettes d'un débiteur potentiellement insolvable (Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, pp. 146-147). Sous cet angle, l'abstraction ne fait pas obstacle à ce que le créancier puisse ériger *tacitement* la solvabilité du débiteur en un élément déterminant de sa garantie par une demande de renseignements ou de divers documents précontractuels qui en témoignent de façon certaine et non équivoque (Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, IV, 2002, p. 149, n° 131).

[3007] J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 466.

[3008] Cons. sur la portée de l'abstraction dans le contrat de cautionnement : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 347.

[3009] Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008, pp. 146-147.

B. L'exécution des obligations et l'exercice des droits du failli par le curateur ou par un tiers

481. Exécution des obligations et exercice des droits *intuitu personae* par le curateur *qualitate qua*. – Selon l'article XX.110 du Code de droit économique, à la suite du dessaisissement du failli, l'administration de ses biens échoit à un curateur désigné par le tribunal de l'entreprise[3010].

Le curateur doit alors se charger de la gestion de la faillite. Les engagements contractés *qualitate qua* par le curateur ou le liquidateur constituent des dettes de la masse s'ils sont pris « en vue de l'administration de ladite masse notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société en vue d'assurer l'administration convenable de la liquidation »[3011]. Il arrive que la gestion de la masse des créanciers implique l'exécution d'obligations du failli qui comportent un *intuitus personae* au sens large. Dans ce cas de figure, les créanciers du failli peuvent s'opposer au paiement du curateur dès lors qu'il apparait *in concreto* que ce dernier n'a pas les qualités requises pour exécuter les obligations du failli de façon satisfactoire (*supra*, n° 475).

Toutefois, lorsque le curateur poursuit les contrats du failli dans l'intérêt de la masse, il est vrai qu'une large partie d'entre eux n'implique alors que l'exécution d'une obligation de paiement. Il en va ainsi, par exemple, de la poursuite des contrats d'assurance, des contrats de fourniture d'énergie ou des contrats d'entretien. En outre, le curateur pourra gérer les comptes bancaires du failli quoiqu'ils revêtent un *intuitus personae* large, à défaut de clauses contraires et s'il n'y a pas mis fin selon l'article XX.139 du Code de droit économique[3012]. Le simple fait que la solvabilité du failli représente un élément déterminant ne suffit pas à faire obstacle à l'intervention du curateur qui peut très bien effectuer le paiement sans modifier le contenu de l'obligation visée.

Enfin, s'agissant de la faillite des titulaires de professions libérales, il convient également de rappeler que l'article XX.123 du Code de droit économique prévoit l'adjonction d'un co-curateur au curateur. Cette disposition précise que ce spécialiste doit offrir des « garanties de compétences en matière de procédure de liquidation ». Dans le cadre de sa mission, il peut donc exécuter les obligations du failli, bien que celles-ci présentent un caractère *intuitu personae* : aussi doit-il se charger, selon les articles 10 à 12 de l'arrêté royal du 26 avril 2018, de rendre un avis sur les aspects techniques et déontologiques des contrats du failli (article 10), de donner la suite la plus appropriée à sa correspondance (article 11) et de gérer ses comptes de tiers (article 12)[3013]. Rien ne

---

[3010] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 54 ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 222 ; A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 269 ; E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 675-676 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 91.

[3011] Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1250, *R.C.J.B.*, 1990, p. 5. Voy. également : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 480 avec les références citées ainsi que Cass., 26 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364. Voy. pour une étude plus approfondie des notions et leur évolution : M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 42 et s. Voy. également A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005.

[3012] Voy. not. dans un sens similaire : Comm. Liège, 13 janvier 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 119.

[3013] Arrêté royal du 26 avril 2018 portant exécution de l'article XX.1, §1er, dernier alinéa, du Code de droit économique relatif à l'application du livre XX du Code de droit économique aux titulaires d'une profession libérale, *M.B.*, 26 avril 2018. Voy. not. : B. CASTAIGNE, « Le droit de l'insolvabilité des titulaires de professions libérales », in *Réformes des droits de l'insolvabilité, de l'entreprise et des sociétés*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 91-106.

s'oppose à ce qu'un co-curateur poursuive donc la gestion des dossiers peu complexes d'un avocat en garantissant le respect du secret professionnel et des normes déontologiques de la profession[3014].

482. Exécution des obligations et exercice des droits *intuitu personae* par le failli. – Dans une certaine mesure, les pouvoirs conférés au curateur par le Code de droit économique nous semblent compatibles avec la présence d'un *intuitus personae* de haute intensité : d'un côté, le curateur dispose de la faculté de poursuivre les activités économiques du failli aux conditions de l'article XX.140 du Code de droit économique ; l'article XX.152 prévoit, d'un autre côté, que « Les curateurs peuvent employer le failli pour faciliter et éclairer leur gestion »[3015] (*supra*, n° 451).

Il apparait donc que le curateur peut employer le failli afin qu'il exécute les obligations ou qu'il exerce les droits qui ne dépendent pas de son patrimoine[3016]. Dans ce cas, le dessaisissement du patrimoine n'entraine aucun obstacle juridique dans le chef du failli ; le créancier ne pourrait pas alléguer la dissolution de plein droit puisque son débiteur s'exécute en personne[3017]. En pratique, il est vrai que l'exercice de cette faculté constitue une exception : elle implique une poursuite d'activité, à l'égard de laquelle les curateurs se montrent frileux. Toutefois, selon A. Delvaux et D. Dessard, rien ne s'oppose à ce que le curateur emploie le failli pour des obligations qui requièrent une habileté spécifique, comme l'ébénisterie, la menuiserie ou la ferronnerie[3018].

483. Exécution des obligations et exercice des droits *intuitu personae* du failli par un tiers. – Le curateur pourrait poursuivre l'exécution de certaines obligations ou l'exercice de certains droits *intuitu personae* après la faillite sans passer par l'intermédiaire du débiteur failli. Lorsqu'il décide de continuer son activité économique, l'article XX.140 du Code de droit économique permet effectivement au curateur de faire exécuter les obligations du failli par *un tiers* (*supra*, n° 451).

L'*intuitus personae* ne constitue alors qu'un obstacle relatif à l'intervention du tiers.

En effet, un tiers pourrait exécuter les obligations ou exercer les droits du failli nantis d'un *intuitus personae* au sens large. Le contrat de licence l'illustre. M. Keup écrit, à ce sujet, que « dans de nombreux cas, particulièrement lorsque l'objet du contrat de licence porte sur des droits intellectuels liés à un produit innovant, l'identité du preneur de licence en tant que telle ne revêt pas une importance particulière pour le donneur de licence. Ce sont davantage ses compétences et l'objectif poursuivi par ce dernier qui importent. Partant, deux entreprises concurrentes ayant les mêmes compétences et capacités seraient interchangeables et pourraient être remplacées l'une par

---

[3014] X. VAN GILS, « Le droit de l'insolvabilité étendu aux avocats : les implications déontologiques », in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. ZENNER (éd.), Limal, Anthemis, 2018, pp. 93-94 ; M. FORGES, « L'application de la réforme aux avocats », in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) une (r)évolution ?*, A. DESPONTIN (éd.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 253.

[3015] Conformément aux principes admis sous la loi sur les faillites, l'article XX.152 – ancien article 59 de la loi du 8 août 1997 – dépasse la simple obligation de collaboration du failli et vise un travail continu (A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, *Les concordats et faillites*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 637). En outre, le champ d'application de cette disposition ne se limite pas aux hypothèses de poursuite d'activités économiques.

[3016] L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 343.

[3017] La règle ne vaut évidemment que pour autant que le principe de la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* ne soit pas reconnu de manière absolue.

[3018] A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise », in *Rép. not.*, t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253. Voy., dans un sens similaire, pour le contrat d'architecte : FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, spéc. note 1.

l'autre, pour autant que les mêmes objectifs soient poursuivis à l'égard du produit »[3019]. Par exemple, sur la base de ces énonciations, le curateur pourrait maintenir le contrat au profit de l'activité du failli et même le transférer à un tiers doté des qualités adéquates pour l'exécuter[3020].

En outre, le caractère *a priori intuitu personae* au sens strict de certaines obligations ne fait pas nécessairement obstacle à leur exécution par un tiers. Tout dépend de l'intensité que ce caractère revêt concrètement à l'aune de la volonté des parties. Un ancien arrêt de la Cour de cassation française du 18 janvier 1881 illustre ces propos[3021]. Cette affaire concerne la reprise des obligations d'un associé en participation failli par son fils. Les autres copartageants les assignent afin de s'opposer à cette substitution. La Cour de cassation française a rejeté cette prétention. Tout d'abord, elle a constaté qu'une clause faisait obstacle à la dissolution de plein droit en ce qu'elle précisait « qu'en cas de décès ou de vente par l'un des associés de ses glacières, l'association continuerait avec ses ayants droit »[3022]. Ensuite, la Cour a précisé que cette association supposait uniquement de livrer des glaces à l'associé qui en manquait ainsi que de régler les bénéfices et les pertes par compte de tiers. De ce fait, ajoute-t-elle, « la participation peut fonctionner pourvu que des deux obligations soient remplies : qu'en effet, aucune entente n'est requise pour la production des glaces »[3023] ; de surcroit, « le maintien de la participation n'exige donc que l'exécution d'engagements faciles à remplir ; qu'elle ne nécessite que peu de relations entre les coparticipants »[3024]. En conclusion, « Attendu que l'état de liquidation et de déconfiture de Brun n'a jamais arrêté le fonctionnement de la participation, et qu'actuellement, par la suite de la vente de ses glacières, un nouveau coparticipant solvable se trouve substitué au sieur Brun »[3025].

§3. – Conclusion intermédiaire

484. Dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* en présence d'une disposition légale spécifique. – Il arrive que le législateur belge prévoie la dissolution de plein droit d'une convention *intuitu personae* lors de la survenance de la faillite d'un des cocontractants.

L'article 4:16 du Code des sociétés et des associations s'inscrit dans cette logique. Toutefois, en vertu de l'enseignement classiquement admis, les associés peuvent déroger à la dissolution de plein droit lors de la faillite de l'un d'eux. Une stipulation peut ainsi prescrire la continuation du contrat de société lors de cet événement ; une telle dérogation ressort parfois de la combinaison de clauses, de l'examen de l'objet et de l'objectif de la société (*supra*, n° 464).

L'article 2003, alinéa 4, du Code civil prescrit également l'extinction automatique du contrat de mandat du fait de la déconfiture du mandant ou du mandataire. Cette disposition a un

---

[3019] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.
[3020] *Ibidem*, p. 308.
[3021] Cass. fr. req., 18 janvier 1881, *D.*, 1881, 1, p. 244. Voy. sur l'importance de l'examen de la volonté des parties dans le cadre de la faillite de l'ancienne association momentanée : V. SIMONART, « Le retrait d'un associé d'une association momentanée pluripartite », *D.A.O.R.*, 1990, pp. 15-16. Dans le même sens au sujet de la résolution du contrat multipartite de société, mais les propos nous semblent transposables à d'autres cause de dissolution du contrat comme la faillite : P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 191-199.
[3022] *Ibidem*, spéc. p. 245.
[3023] *Ibidem*.
[3024] *Ibidem*.
[3025] *Ibidem*.

caractère supplétif de la volonté des parties, qui peuvent donc y déroger par une clause contractuelle. Une dérogation à la dissolution automatique résulte parfois implicitement de la nature particulière de certains mandats. Enfin, en pratique, il arrive que les règles applicables à certaines professions libérales fassent exception à la dissolution de plein droit (*supra*, n° 465).

S'agissant de l'article 1795 du Code civil, la faillite de l'entrepreneur ne s'identifie pas à sa mort. La solution inverse ne convainc pas d'un point de vue logique. Pour souscrire à cette interprétation, il faudrait admettre que l'effet particulier – la dissolution de plein droit au décès de l'entrepreneur – justifie la cause générale – l'*intuitus personae* – qui justifie à son tour l'effet particulier – la dissolution de plein droit à la faillite de l'entrepreneur. Ce raisonnement revient à étendre le champ d'application de cet article sur la base de son propre libellé (*supra*, n° 466).

485. Dissolution du contrat *intuitu personae* par la faillite en l'absence d'une disposition légale spécifique. – Dans les faits, le fondement de la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* pose plus de difficultés en l'absence d'une disposition légale spécifique.

Dans cet ordre d'idées, il apparait que la plupart des causes de dissolution des obligations et des contrats s'accordent mal avec les spécificités de la faillite. Par exemple, cet événement ne constitue normalement pas un manquement contractuel grave qui ouvre un droit à résolution au cocontractant du failli ; de même, selon certains auteurs, la faillite ne s'identifie pas à un cas de force majeure puisqu'elle résulte le plus souvent de faits imputables au failli (*supra*, n^{os} 468-471).

En revanche, la caducité par disparition de l'objet explique la dissolution de certains droits et de certaines obligations nantis d'un *intuitus personae* de haute intensité à l'occasion d'une faillite : ainsi l'objet des droits patrimoniaux du failli – tels ceux issus d'une ouverture de crédit – devient-il impossible à exercer lorsqu'il se trouve dessaisi de son patrimoine et que le curateur ne peut se substituer à lui compte tenu de l'*intuitus personae* au sens strict (*supra*, n^{os} 472-474).

La caducité par disparition de la cause subjective présente de l'utilité pour deux autres situations. *Primo*, dans certains circonstances particulières, la faillite d'une partie peut rompre la confiance déterminante que l'autre lui porte au point de constituer un obstacle psychologique durable à la poursuite de leur contrat : cette impossibilité morale d'exécution ouvre alors un droit de résiliation sans délai raisonnable de préavis au cocontractant du failli. *Secundo*, la disparition de la cause subjective explique la dissolution de plein droit quand la faillite entraine la perte d'une qualité *intuitu personae* au sens large liée à l'objet des obligations du failli (*supra*, n^{os} 475-477).

486. Moyens d'action à la disposition du curateur ou du cocontractant du failli en l'absence de dissolution de plein droit. – En pratique, il convient de remarquer que l'absence de dissolution de plein droit ouvre de nouveaux moyens d'action au curateur et au cocontractant du failli.

Un créancier pourrait notamment introduire une action pour cause d'erreur sur la solvabilité et donc sur la personne du failli. Selon l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, le créancier doit alors prouver que la solvabilité a un caractère déterminant, que son erreur a un caractère commun et excusable dans son chef. Une caution pourrait invoquer une erreur sur la solvabilité du débiteur principal failli : il s'agit alors d'une méprise sur le mobile déterminant de son engagement, puisque le failli est tiers au cautionnement conclu entre la caution et le créancier (*supra*, n^{os} 479-480).

De son côté, le curateur peut exercer certains droits ou exécuter certaines obligations *intuitu personae* du failli dans le cadre de l'administration de la masse, c'est-à-dire *qualitate qua*. L'article XX.152 du Code de droit économique lui permet aussi d'employer le failli pour qu'il exécute les

obligations qui ne font pas appel à son patrimoine ; le curateur peut donc employer le failli afin qu'il exécute ses obligations *intuitu personae* au sens strict. Enfin, si l'intérêt des créanciers le permet, le curateur peut poursuivre l'activité économique du failli : ainsi l'article XX.140 du Code de droit économique lui offre-t-il la possibilité de recourir aux services d'un tiers afin d'exécuter les obligations ou d'exercer les droits *intuitu personae* au sens large du failli (*supra*, n° 483).

Conclusion du chapitre

487. Faillite classiquement considérée comme une cause de dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae*. – Pour la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, la faillite entraine la dissolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae* par le failli (*supra*, n° 459).

Cette approche gagnerait à être plus souple dans la mesure où ses fondements reposent sur des bases fragiles. Tout d'abord, la loi ne consacre pas toujours la dissolution automatique d'un contrat *intuitu personae* à l'occasion d'une faillite : si les articles 2003 du Code civil et 4:16 du Code des sociétés et des associations confirment de prime abord cette opinion classique, l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978 prescrit la continuation du contrat de travail en cas de faillite de l'employeur. Ensuite, l'assimilation de la faillite au décès du cocontractant *intuitu personae* ne permet pas de justifier la dissolution de plein droit. Par son arrêt du 22 février 2008, la Cour de cassation a effectivement décidé qu'il n'existe pas de principe général du droit selon lequel un contrat *intuitu personae* prend fin automatiquement au décès de l'une des parties (*supra*, n° 460).

Selon nous, compte tenu de ces observations, il parait utile de limiter la dissolution aux situations dans lesquelles la faillite rend les droits et les obligations du failli impossibles à exécuter. Les rédacteurs du Code civil ont fait allusion à cette idée lors des discussions liées à la dissolution du contrat de société et du mandat. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence souscrit à cette opinion. Cette dernière apparait également dans la proposition de réforme du droit des obligations. Dans cette logique, rien ne s'oppose à ce que le curateur décide de poursuivre un contrat *intuitu personae* lorsque la faillite ne crée concrètement pas d'impossibilité d'exécution (*supra*, n° 461).

488. Régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* lors de la faillite. – La dissolution du contrat *intuitu personae* se conçoit en présence et en l'absence d'une disposition spécifique.

Certaines dispositions légales prévoient la dissolution de plein droit lors de la faillite. L'article 4:16 du Code des sociétés et des associations prescrit ainsi la dissolution du contrat de société à l'occasion de la faillite de l'un des associés ; l'article 2003, alinéa 4, du Code civil énonce aussi la dissolution du contrat de mandat du fait de la déconfiture du mandant ou du mandataire. En revanche, s'agissant de l'article 1795 du Code civil, la faillite de l'entrepreneur ne nous parait pas s'identifier à sa mort. Dans tous les cas, une clause contractuelle peut aussi prescrire la continuation du contrat à la suite de la faillite. Une telle dérogation ressort parfois tacitement de la combinaison de clauses, de l'examen de l'objet et du comportement des parties (*supra*, n° 484).

Toutefois, en l'absence de disposition légale spécifique, il apparait que la nullité, la résolution du contrat et la théorie de la force majeure s'accordent mal avec les spécificités de la faillite : cette dernière ne représente ni une faute contractuelle ni un événement tout à fait indépendant de la volonté du failli. En revanche, la caducité par la perte de l'objet explique la dissolution de plein droit des obligations et des droits patrimoniaux *intuitu personae* au sens strict à la suite du dessaisissement du failli : ce dernier ne dispose effectivement pas de son patrimoine pour les exécuter ou pour les exercer ; la présence d'un tel *intuitus personae* interdit aussi au curateur de se substituer à lui à cet effet. Le contrat tombe donc faute d'objet (*supra*, n° 485).

Dans cette perspective, la caducité par la perte de la cause subjective explique la dissolution lorsque la faillite rompt la confiance déterminante au point de constituer un motif grave de rupture dans le chef du cocontractant du failli. Les spécificités de l'impossibilité morale d'exécution justifient l'existence d'un droit de résiliation au profit de ce cocontractant et non une hypothèse de

dissolution de plein droit de la convention. Cependant, à l'inverse, la disparition de la cause explique la dissolution automatique du contrat dès lors que la perte d'une qualité déterminante du failli rend ses obligations matériellement ou juridiquement impossibles à exécuter (*supra*, n° 485).

Enfin, l'absence de dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* ouvre de nouvelles perspectives au curateur et au créancier du failli. Un créancier pourrait ainsi agir en nullité pour cause d'erreur sur la solvabilité du failli ; de même, le cas échéant, une caution pourrait alléguer une erreur sur la solvabilité du débiteur principal. De son côté, lorsque l'intérêt de la masse le requiert, le curateur peut se charger *qualitate qua* de l'exercice de certains droits ou de l'exécution de certaines obligations *intuitu personae* au sens large ; le curateur peut aussi employer le failli pour qu'il exécute les obligations ne requérant pas la libre disposition de son patrimoine ; enfin, lors d'une poursuite d'activité, rien ne s'oppose à ce que le curateur demande à un tiers d'exécuter les obligations ou d'exercer les droits *intuitu personae* au sens large du failli (*supra*, n° 486).

Conclusion du titre III

489. Axes d'amélioration de l'approche conceptuelle et synthèse de l'approche concrète de la dissolution du contrat *intuitu personae*. – Dans le présent titre, nous avons vu que la dissolution des contrats *intuitu personae* ne devait pas faire l'objet d'une approche rigide ; il existe un intérêt à adopter un point de vue souple en pratique. Nous rappellerons d'abord les principaux axes d'amélioration de l'approche classique que nous avons proposés au sujet de la dissolution de ces contrats lors de leur transmission universelle et lors de la faillite. Nous aurons aussi l'occasion de souligner les spécificités de la dissolution de ces conventions quand la confiance déterminante disparait entre les parties **(§1er)**. De ce fait, dans un second temps, nous verrons que leur dissolution s'organise autour du concept de l'impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution (**§2**).

§1er. – Réflexions sur l'approche conceptuelle de la dissolution du contrat intuitu personae

490. Synthèse des axes d'amélioration de l'approche conceptuelle de la dissolution des contrats *intuitu personae* lors de leur transmission universelle et de la faillite. – En règle, la doctrine pense que le décès de la partie *intuitu personae* implique la dissolution de plein droit du contrat revêtu de ce caractère (*supra*, n° 390) ; de même, selon d'aucuns, la faillite entraine toujours l'extinction des conventions conclues en considération de la personne du failli (*supra*, n° 454).

1° Ces effets s'observent dans les faits : ainsi est-il vrai que la mort d'un acteur célèbre entrainera la dissolution de plein droit de ses obligations. Toutefois, certains pensent que ce principe repose sur des fondements fragiles et qu'il y a donc place pour une approche plus souple.

Dans un arrêt du 22 février 2008, la Cour de cassation a effectivement décidé « [qu'il] n'existe pas de principe général du droit suivant lequel un contrat conclu en considération de la personne prend fin à la mort de l'une des parties »[3026]. Cette décision emporte la conviction. La *ratio legis* de la dissolution de plein droit ne repose pas toujours sur des raisons liées à l'*intuitus personae* : ce principe se fonde aussi sur la volonté de protéger la liberté des héritiers du défunt, sur des motifs de politique juridique et même sur des raisons d'équité[3027]. Le conseiller Réal observait, au sujet de l'article 1795 du Code civil, que « le propriétaire n'a pas pu prévoir qu'il se trouverait un jour avoir contracté avec la femme, avec les enfans *(sic)* en bas âge que l'architecte a laissés. Comment d'ailleurs ceux-ci parviendraient-ils à exécuter le contrat ? »[3028] (*supra*, n° 393).

D'autres ont rallié ces propos dans le domaine de la faillite. La dissolution de plein droit se limite alors aux hypothèses où cet événement rend les droits et les obligations du failli concrètement impossibles à exécuter. Selon M. Lemal, « la faillite ne pourrait entraîner la dissolution de plein droit d'un contrat conclu *intuitu personae* que dans l'hypothèse où, de prime abord, il apparait qu'il sera impossible, matériellement et juridiquement, d'en poursuivre l'exécution. Hormis ce cas, il conviendra d'apprécier si la poursuite de l'exécution du contrat est acceptable par le curateur en

[3026] Cass., 22 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 486, spéc. p. 488.
[3027] Voy. not. à ce sujet : M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2017, pp. 58-59, n° 80 ; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 122, n° 125 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 28, n° 11.
[3028] J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 366, n° 22.

fonction des règles particulières d'ordre public applicables en pareil cas et satisfaisante pour le cocontractant, bénéficiaire des garanties qui découlent de l'*intuitus personae* »[3029] (*supra*, n° 458).

2° Par ailleurs, la doctrine adopte souvent une approche opposée pour la transmission des contrats *intuitu personae* à l'occasion de la fusion par absorption d'une personne morale : les conventions de la société absorbée se transmettent de plein droit à l'absorbante[3030] (*supra*, n° 391).

Certains auteurs ont tempéré cette conception par *la caducité* lorsque la fusion bouleverse l'organisation de l'absorbée. Pour Th. Tilquin, « [l'on] ne peut toutefois exclure la théorie de la caducité par disparition de la cause dans des cas de bouleversement de l'organisation de l'entreprise à l'occasion d'une fusion ou d'une scission. Tel pourrait également être le cas si une fusion s'inscrivait à l'encontre d'une politique de diversification des risques du crédit du prêteur, pour autant bien sûr que ce mobile du prêteur soit entré dans le champ contractuel »[3031]. En outre, en droit français, A. Viandier a confirmé que « la classe des contrats conclus en considération de la personne n'est pas figée et on serait bien en peine d'établir un inventaire bien précis. Aussi bien, la seule approche est-elle une approche *"in concreto"*, en observant les conséquences du bouleversement qu'apporte la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif »[3032] (*supra*, n° 394).

De son côté, lors de l'élaboration de la loi du 29 juin 1993, le législateur belge a tempéré cette approche rigide par le remède de la *résolution judiciaire*. Dans cette logique, au moment des discussions en commission de la Justice, le représentant du ministre de la Justice a précisé que « si par suite de la fusion les sociétés se mettaient dans l'impossibilité d'exécuter une convention transférée par l'effet de la transmission universelle, par exemple en raison de l'existence dans le chef de la société absorbante d'une autre convention incompatible avec la première, la résolution du contrat pourrait être selon le droit commun demandée en justice »[3033] (*supra*, n° 395).

491. Synthèse de la controverse entourant la dissolution des contrats *intuitu personae* par la disparition de la confiance déterminante. – En droit belge, il n'y a pas de consensus autour de l'existence d'un droit de résiliation en raison de la disparition de la confiance déterminante dans les conventions *intuitu personae*. Trois tendances coexistent effectivement à l'heure actuelle.

Tout d'abord, à suivre certains auteurs, les articles 2004, 1944 et 1794 du Code civil consacreraient un droit de résiliation *ad nutum* destiné à protéger les intérêts de la partie qui bénéficie de la confiance[3034]. Nous ne souscrivons pas à cette opinion. En effet, le droit de résiliation reconnu par ces dispositions ne repose pas exclusivement sur la protection de ce

---

[3029] M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79, n° 1470. Voy. également dans un sens similaire : FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 223.

[3030] Voy. not. : D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016, p. 1206, n° 573 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1988-1989, n° 1379 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 132, n° 176 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 290-291, n° 427.

[3031] Nous soulignons. Voy. : Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 346, n° 514.

[3032] Nous soulignons. Voy. pour ces propos : A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Paris, Litec, 1998, p. 203, n° 36.

[3033] Nous soulignons. Voy. : *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.

[3034] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015, p. 257 ; Y. MERCHIERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 284.

sentiment[3035]. Un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 2011 le montre[3036]. Dans cette affaire, la Cour a décidé que « La confiance est le fondement nécessaire de la convention conclue entre un avocat et son client. Celui-ci peut, dès lors, mettre fin à la convention à tout moment et sans indemnité pour les profits escomptés des services futurs […] *Cette faculté ressortit à la liberté du choix de l'avocat, c'est-à-dire à l'exercice des droits de la défense* »[3037]. Il nous semble que le concept de l'*intuitus personae* ne constitue donc pas, *à lui seul*, un fondement suffisant pour généraliser le droit de résiliation *ad nutum* prévu dans certains contrats spéciaux (*supra*, n° 301).

En revanche, une autre partie de la doctrine estime que la rupture de la confiance déterminante n'implique jamais la dissolution de la relation contractuelle[3038]. Ce point de vue parait inéquitable quand la disparition de ce sentiment paralyse durablement le contrat : le maintien de ce dernier ne revêt alors aucun sens et conduit à des conséquences problématiques[3039]. La Cour de cassation nous parait avoir rallié cette idée dans une décision du 6 mars 2014[3040]. En l'espèce, la Cour a décidé « [qu'une] convention de tontine qui se construit sur la base d'une relation juridique existant entre les parties cesse toutefois d'exister lorsque ces rapports juridiques prennent fin, de sorte que l'exécution ultérieure de cette convention est privée de tout sens »[3041] (*supra*, n° 302).

Il est donc utile d'admettre la résiliation lorsque la rupture de la confiance rend la poursuite de la relation contractuelle moralement impossible entre les parties[3042] : le législateur a consacré ce principe par les dispositions relatives au motif grave, c'est-à-dire aux articles 35 de la loi relative aux contrats de travail, X.17 du Code de droit économique et 7 de la loi sur les baux à ferme ; il y a aussi fait allusion aux articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations. Dans tous les cas, P.A. Foriers confirme que « la perte de la confiance, qui touche à la cause de la convention, résulte d'éléments extérieurs à la partie qui s'en prévaut. Elle débouche, par ailleurs, objectivement sur un obstacle à la poursuite de la relation contractuelle. La disparition de la cause, mobile déterminant, débouche donc sur une forme d'impossibilité d'exécution. En résiliant la convention, la partie qui met fin au contrat se borne à constater cette impossibilité »[3043] (*supra*, n° 297).

§2. – Bases de l'approche concrète de la dissolution du contrat intuitu personae

492. Impossibilité matérielle, morale et juridique d'exécution. – Selon nous, compte tenu de ces réflexions, la dissolution du contrat *intuitu personae* se justifie à partir du moment où le décès, la fusion par absorption, la faillite et la disparition de la confiance impliquent l'impossibilité

[3035] Voy. dans le même sens : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 315-316, n° 120.
[3036] Cass., 17 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 577.
[3037] Nous soulignons (*ibidem*, spéc. p. 585).
[3038] Voy. not. : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 399-400, n° 444 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014, p. 631, n° 645.
[3039] H.-Y. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 522, n° 455.
[3040] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 615.
[3041] *Ibidem*, spéc. p. 616.
[3042] W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.
[3043] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.

d'exercer les droits ou d'exécuter les obligations d'une partie. Cette impossibilité d'exécution revêt, en principe, une forme matérielle, morale ou juridique (*supra*, n^os^ 379, 443, 444 et 488).

493. Synthèse de l'impossibilité matérielle d'exécution. – Une impossibilité matérielle d'exécution suppose qu'un cocontractant ne peut physiquement pas accomplir son obligation ou exercer son droit de façon satisfactoire, c'est-à-dire comme les parties l'ont conçu à la base[3044].

1° Dans cet ordre d'idées, la transmission universelle de patrimoine constitue le domaine de prédilection de l'impossibilité matérielle d'exécution.

Une telle impossibilité se conçoit effectivement au décès du débiteur *intuitu personae* au sens strict. Lorsqu'un mannequin célèbre se confond avec l'objet de l'obligation portant sur son image, son héritier ne peut physiquement pas la remplir sans en modifier le contenu initial[3045]. Par ailleurs, dans d'autres situations, une impossibilité matérielle s'observe quand le débiteur se trouve à la base d'un *intuitus personae* de plus faible intensité. La dissolution du cautionnement souscrit *en tant* que dirigeant d'entreprise l'illustre : si ses héritiers ne reprennent pas la direction de la société à son décès, ils ne peuvent donc pas exécuter l'obligation de couverture tel que convenu entre la banque et la caution[3046]. Cette obligation tombe alors faute de cause (*supra*, n° 419).

Lors de certaines circonstances, il arrive que la fusion par absorption rende les obligations de la société absorbée matériellement impossibles à exécuter. Cette idée se vérifie lorsque le dirigeant effectif, l'actionnaire de référence ou un agent d'exécution de la société absorbée justifie un *intuitus personae* au sens strict. Lorsque les employés d'une agence de publicité s'incorporent dans les prestations incombant à l'absorbée, leur licenciement rend les obligations de cette société matériellement impossibles à exécuter dans le chef de l'absorbante[3047]. La perte d'une qualité *intuitu personae* au sens large peut impliquer pareille impossibilité d'exécution : ainsi en est-il quand une société spécialisée dans le diagnostic rapide perd durablement un agrément nécessaire à l'exécution de ses obligations lors de son absorption. En l'occurrence, l'absorbante ne peut plus livrer des produits estampillés de cette norme comme prévu par le contrat (*supra*, n^os^ 432-433).

2° Une impossibilité matérielle d'exécution s'envisage plus rarement dans le domaine de la faillite. En effet, selon les articles XX.140 et XX.152 du Code de droit économique, rien ne s'oppose à ce que le curateur emploie le failli afin d'assurer l'exécution des obligations *intuitu personae* au sens strict ou au sens large qui ne requièrent pas de faire appel à son patrimoine. Toutefois, dans certaines circonstances, il est vrai qu'une telle impossibilité d'exécution reste concevable : il en va notamment ainsi lorsque le curateur vend des machines indispensables à l'exécution des obligations du failli et qu'il n'arrive pas à les racheter. Cette vente rend les obligations en question impossibles à exécuter et entraine donc leur dissolution (*supra*, n° 474).

[3044] Voy. not. : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 234-235, n° 17 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 410-411, n° 7.3.

[3045] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553; M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 126-127, n^os^ 129-130

[3046] Mons, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1999, p. 155, *R.C.J.B.*, 2001, p. 141, note A. LIMPENS.

[3047] Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.

494. Synthèse de l'impossibilité morale d'exécution. – Une impossibilité morale d'exécution suppose qu'une partie ne peut psychologiquement pas continuer le contrat avec le cocontractant ou avec ses héritiers du fait de la disparition de la confiance ou de l'affection qui existait entre eux[3048].

1° Une impossibilité morale d'exécution s'envisage en cas de décès. Tout d'abord, dans certains cas de figure, la confiance explique le caractère *intuitu personae* au sens strict des obligations du débiteur, de sorte que son créancier ne peut moralement pas imaginer qu'un tiers les exécute à sa place. Par exemple, selon le Tribunal du travail de Bruxelles, le décès d'un dentiste a dissous le contrat conclu avec sa secrétaire privée avec laquelle il collaborait étroitement depuis des années[3049]. Ensuite, il arrive que le créancier se réifie dans la prestation que le débiteur doit lui fournir en raison d'un sentiment d'amitié ou d'affection. Dans ce cadre, une bailleresse peut donner un bien en location à sa sœur par affection : le décès de la preneuse fait alors obstacle à l'exercice du droit de jouissance des lieux loués par ses héritiers et, de la sorte, implique l'extinction de l'obligation corrélative de mise à disposition du bien de la bailleresse[3050] (*supra*, n° 420).

2° En outre, les actes d'une partie rompent parfois la confiance déterminante que son cocontractant lui portait au point de constituer un motif grave de rupture[3051].

S'agissant de la fusion par absorption, cette idée se rencontre quand un distributeur commercial se fait absorber par un concurrent direct de son fournisseur[3052]. La fusion constitue alors un obstacle psychologique dans le chef du cocontractant de l'absorbée : ainsi la disparition de la cause subjective – la confiance déterminante – débouche-t-elle sur une impossibilité morale d'exécution qui l'autorise à résilier le contrat sans délai raisonnable de préavis[3053]. Dans ce cas, la dissolution n'a pas lieu de plein droit, car l'impossibilité ne provient pas de la disparition du cocontractant : elle résulte d'un obstacle psychologique durable. Partant, à notre sens, il convient de laisser une marge d'appréciation à celui qui invoque le motif grave de rupture (*supra*, n° 433).

Ces principes s'appliquent également à la faillite et à la réorganisation judiciaire. Selon I. Verougstraete, « l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats conclus *intuitu personae*, à moins bien entendu que la confiance des parties au contrat conclu *intuitu personae* ne soit ébranlée *au point que ledit contrat ne puisse être davantage exécuté* »[3054]. Une telle hypothèse d'impossibilité morale d'exécution se conçoit dans des circonstances particulières en pratique. Par exemple, en droit français, le Tribunal de Grande instance de Paris a considéré que la mise sous règlement judiciaire – la réorganisation judiciaire belge – d'un preneur

---

[3048] Voy. not. sur cette définition de l'impossibilité morale d'exécution : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116 ; J. CLESSE, « La notion de motif grave », obs. sous Cass. 9 mars 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 463, n° 31 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 220, n° 190.

[3049] Trib. Trav. Bruxelles, 25 juin 1986, *Chron. D.-S.*, 1987, p. 54. Voy. not., dans le même sens, pour la dissolution d'un contrat conclu entre un peintre et un marchand d'art – au décès de ce dernier – en raison de la disparition de la confiance : Paris, 14 juin 1966, *Gaz. Pal.*, 1966, 2, jur., p. 265, *RTD. Com.*, 1966, p. 937, obs. H. DESBOIS.

[3050] Civ. Bruxelles, 16 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 480, note M. LAHAYE et J. VANKERCKHOVE.

[3051] S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127, n° 118.

[3052] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, p. 9.

[3053] P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127, n° 118.

[3054] Nous soulignons. Voy. à cet égard : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 171.

de licence exclusive a pu constituer une impossibilité morale d'exécution, parce que le licencié commercialisait un produit sous le nom et l'image du donneur de licence : cet événement représentait une atteinte « très grave au prestige et à la trésorerie du cocontractant entièrement déçu en sa confiance dans la capacité des dirigeants de la maison »[3055] ; le Tribunal de commerce de Bruxelles a admis qu'une faillite a rompu la confiance du partenaire du failli « eu égard aux fonds qui devaient être maniés par celui-ci et à la confiance que cela nécessitait »[3056] (*supra*, n° 476).

3° Enfin, dans certains contrats *intuitu personae* au sens strict, la doctrine pense que la rupture de la confiance résulte d'un manquement à un devoir de collaboration loyale. La fusion d'un franchisé avec le concurrent de son fournisseur l'illustre[3057]. Cette faute contractuelle a une gravité suffisante pour justifier la résolution aux torts de l'absorbante[3058]. Dans cette logique, si le manquement contractuel présente une gravité telle qu'il constitue un obstacle psychologique durable, la victime de l'inexécution peut se dispenser d'une mise en demeure[3059] (*supra*, n° 434).

495. Synthèse de l'impossibilité juridique d'exécution. – Une impossibilité juridique d'exécution suppose qu'une partie n'ait pas les qualités requises par la loi pour exercer ses droits ou pour exécuter ses obligations. De surcroit, un tel obstacle existe quand une disposition légale s'oppose à ce qu'un cocontractant exécute ses obligations ou exerce ses droits[3060].

1° Une impossibilité juridique se rencontre parfois à l'occasion du décès d'une personne physique : il en va ainsi, par exemple, lorsque les héritiers d'un ophtalmologue ne disposent pas du titre légal de leur auteur et qu'ils ne peuvent donc pas poursuivre son activité[3061] ; la loi fait alors obstacle à l'exécution des obligations du défunt, même si les parties désirent toutes continuer la relation contractuelle. Cette idée se vérifie aussi pour l'exercice des droits du *de cujus*. En effet, il est admis que les héritiers d'un locataire social ne peuvent pas recueillir le droit au bail de leur auteur quand ils ne répondent pas aux conditions requises par la loi à cet effet[3062] (*supra*, n° 421).

2° La faillite constitue le terrain d'élection de l'impossibilité juridique d'exécution.

Dans le sillage de l'article XX.110 du Code de droit économique, le failli perd sa capacité à administrer et à disposer de son patrimoine. Cet événement dissout donc les obligations ou les droits *intuitu personae* au sens strict que le failli ne peut pas exécuter sans faire appel à son patrimoine. Un tiers – dont le curateur ou le co-curateur – ne peut normalement pas se substituer au failli afin d'exercer les droits découlant d'une ouverture de crédit[3063]. De la sorte, l'obligation corrélative de mise à disposition des fonds de la banque devient impossible à exécuter et donc

---

[3055] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, spéc. p. 15.
[3056] Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 450, spéc. p. 451.
[3057] Voy. not. à ce sujet : S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 68, n° 88.
[3058] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.
[3059] Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693.
[3060] M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, p. 234, n° 18 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 409, n° 7.1.
[3061] C.T. Mons, 4 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 354. Voy. not. pour des cas similaires : C.T. Liège, 16 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 348 ; C.T. Mons, 13 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 24 ; C.T. Mons, 3 novembre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 167.
[3062] Voy. not. dans ce sens : J.P. Châtelet, 9 mars 2017, *J.J.P.*, 2019, p. 96 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 27 août 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 270 ; J.P. Etterbeek, 4 octobre 2013, *J.J.P.*, 2015, p. 240 ; J.P. Anderlecht, 29 mai 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 255 ; J.P. Woluwe-Saint-Pierre 14 janvier 2013, *Jurim.*, 2013, p. 403, note N. BERNARD.
[3063] Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100 ; Liège, 15 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 732.

caduque. C'est pour cette raison que la Cour d'appel de Liège a affirmé que « la clôture des comptes courants et de l'ouverture de crédit intervient (...) lorsque l'impossibilité juridique de poursuivre l'exécution du contrat a été consacrée par le jugement déclaratif de faillite »[3064] (*supra*, n° 473).

Il arrive que la faillite conduise à la radiation de certains prestataires de services. L'article 160*ter* du Code de déontologie des avocats de l'*Ordre van Vlaams Balies* le confirme. Dans cette hypothèse, la dissolution se conçoit dès lors que la perte d'un accès à la profession – qualité objectivement déterminante du consentement du client – rend la convention impossible à exécuter. L'extinction du contrat résulte de la perte de l'un de ses éléments substantiels[3065] (*supra*, n° 477).

496. Conclusion : consécration d'un nouveau principe général du droit ? – Compte tenu de ces développements, il nous parait possible de reconnaitre l'existence d'un principe général du droit, aux termes duquel une convention *intuitu personae* prend fin lorsqu'un événement rend ses droits et ses obligations durablement impossibles à exécuter de façon satisfactoire[3066].

1° Plusieurs dispositions légales peuvent soutenir ce principe général du droit.

Dans cette perspective, nous pensons que ce principe peut notamment trouver son fondement dans les dispositions à la base du principe général de la caducité d'une obligation par la perte de son objet : ainsi en est-il de l'article 4:16 du Code des sociétés et des associations ou encore de l'article 1722 du Code civil ; de même, rien ne s'oppose à inclure les articles 1147 et 1148 du Code civil, puisque le décès d'une partie justifie parfois la dissolution par une force majeure[3067].

En outre, s'agissant de l'impossibilité morale, le législateur a consacré un tel principe à l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail, à l'article X.17 du Code de droit économique et à l'article 7 de la loi sur les baux à ferme : si un motif grave justifie la résiliation dans ces contrats, c'est parce qu'il rompt durablement la confiance nécessaire à la poursuite de la relation contractuelle et qu'il entraine donc une impossibilité morale d'exécution pour une partie[3068]. Les articles 2:73 et 4:17 du Code des sociétés et des associations s'inscrivent dans cette logique[3069].

2° La reconnaissance de ce principe général comporte plusieurs avantages.

Le premier avantage réside d'abord dans la simplification du régime de l'*intuitus personae*. En effet, la dissolution de ces conventions repose sur quatre fondements différents, à savoir sur la

---

[3064] Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138, spéc. p. 139.

[3065] Voy. not. à propos de la radiation d'un architecte : T.G.I de la Seine, 14 février 1962, *D.*, 1962, somm., p. 97.

[3066] La dissolution du droit ou de l'obligation ne porte pas atteinte à l'octroi de dommages et intérêts lorsque l'impossibilité d'exécution résulte de la faute d'une partie. Voy. not. à ce sujet : Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70. En outre, l'impossibilité d'exercice d'un droit conduit à sa dissolution lorsque l'obligation corrélative de l'autre partie devient elle aussi impossible à exécuter à cette occasion. Voy. not. en doctrine sur la question de la dissolution des droits : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 156-157, n° 13.

[3067] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 396-397, n^{os} 439-440.

[3068] W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1149, n° 1221 ; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.

[3069] Voy. not. sur le lien existant entre ces dispositions et la résiliation pour mésintelligence ou motif grave : P.A. FORIERS, « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 194-195, n° 44 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.

caducité par la perte de l'objet[3070], sur la caducité par la disparition de la cause subjective[3071], sur la théorie de la force majeure[3072] et même, dans certaines situations, sur la résolution du contrat[3073]. Selon nous, même si ce système a l'avantage de la souplesse, il reste très complexe à cerner et il contient donc, en l'état, une dose d'insécurité juridique. Dans cette logique, les interactions entre les fondements de la dissolution virent parfois à la cannibalisation de l'un par un autre en pratique : ainsi la résolution des contrats *intuitu personae* empiète-t-elle parfois artificiellement sur leur résiliation lors de la disparition de la confiance déterminante (*supra*, n^{os} 373 et 377). La reconnaissance du principe général du droit suggéré pourrait résorber ces deux difficultés.

Enfin, le principe proposé permet d'éviter d'étendre la notion de cause afin de justifier la dissolution d'une convention *intuitu personae* à la suite de certaines hypothèses d'impossibilité juridique d'exécution. La radiation d'un prestataire de services en témoigne. Par une décision du 14 février 1962, concernant la radiation d'un architecte, le Tribunal de Grande instance de la Seine a justifié la dissolution de plein droit du contrat par le fait que l'accès à cette profession « a été un élément déterminant de la conclusion du contrat et celui-ci doit être résilié, comme étant privé de l'un de ses éléments substantiels par suite de l'impossibilité de l'architecte de continuer à exercer sa profession »[3074]. Si cette opinion se justifie pour des raisons pragmatiques, elle repose sur une conception large de la cause : la caducité se conçoit lorsque l'on accepte que le *prérequis* – l'accès à la profession d'architecte – constitue une qualité *objectivement* déterminante pour le client.

[3070] Voy. not. en ce sens : R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164, n° 16 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 33, n^{os} 27 et 28.

[3071] Voy. not. en ce sens : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 107, n° 148 ; R. VAN RANSBEECK, « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, pp. 3-4 ; P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 678, n° 14.

[3072] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 396-397, n^{os} 439-440.

[3073] Voy. not. sur les rapports entre résolution judiciaire et les contrats *intuitu personae* : J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, p. 462, n° 20 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 269, n° 185.

[3074] T.G.I de la Seine, 14 février 1962, *D.*, 1962, somm., p. 97.

Conclusion générale

497. Plan. – Nous voici arrivé au bout de l'étude de l'*intuitus personae* dans le contrat. Il convient donc de répondre aux questions de recherche posées au début de cette dissertation doctorale. Tout d'abord, peut-on appuyer les premières interrogations émises à l'encontre de la conception classique de ce concept et confirmer le bien-fondé de son approche concrète ? Ensuite, peut-on entériner les tentatives d'affinement des effets et du contenu de l'*intuitus personae* ? Enfin, le Code civil offre-t-il suffisamment d'outils pour cerner le régime général de cette notion ? (*supra*, n° 14). Dans ce cadre, nous confirmerons les axes d'amélioration de l'approche conceptuelle de la considération de la personne et nous résumerons les bases de son approche concrète (**§1er**). Nous reviendrons également sur les tentatives d'affinement des effets et du contenu de ce caractère (**§2**). Dans un dernier temps, nous nous pencherons sur la question de sa réglementation générale (**§3**).

§1er. – Confirmation de l'approche concrète de l'intuitus personae

498. Base de l'approche conceptuelle, axes d'amélioration et résultats de recherche. – En droit belge, la doctrine et la jurisprudence adoptent classiquement une vision conceptuelle de l'*intuitus personae*. Toutefois, comme plusieurs auteurs l'ont suggéré, une telle approche peut être affinée et faire l'objet de plusieurs axes d'amélioration (**A**). Dans cette logique, nous montrerons les avantages offerts par une approche concrète des effets de la considération de la personne (**B**).

A. Synthèse des axes d'amélioration de l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae*

499. Base : une notion monolithique aux effets invariables. – Il est admis que la nature des conventions *intuitu personae* justifie qu'elles comportent des effets particuliers : ces derniers ne varient pas, en règle, en fonction des circonstances de la cause. De la sorte, il nous semble que cette approche classique conçoit la considération de la personne comme une *notion conceptuelle*, dont le contenu monolithique et les conséquences ne varient pas réellement en pratique (*supra*, n° 13).

Nous résumons ces effets particuliers en quelques lignes :

- L'erreur sur la personne du cocontractant ne s'envisage que dans les contrats *intuitu personae*, conformément à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil (*supra*, n° 27) ;
- Toute offre adressée *intuitu personae* comporte une réserve tacite d'agrément et, dans le même sens, le titulaire de la considération de la personne bénéficie toujours du choix discrétionnaire du cocontractant à la base de ce caractère (*supra*, nos 72 et 109) ;
- Aux termes de l'article 1237 du Code civil, le débiteur d'une convention *intuitu personae* doit toujours exécuter personnellement ses obligations contractuelles, si bien qu'un tiers ne peut pas se substituer à lui afin de les payer (*supra*, n° 177) ;
- Dans cette perspective, le cocontractant justifiant l'*intuitus personae* ne peut pas céder la convention sans obtenir le consentement de l'autre partie (*supra*, n° 242) ;
- Certains pensent qu'un contrat *intuitu personae* comporte un droit de résiliation *ad nutum* destiné à protéger la confiance qu'une partie place en l'autre (*supra*, n° 296) ;
- Enfin, une convention prend normalement fin de plein droit avec le décès et la faillite du cocontractant choisi *intuitu personae* (*supra*, nos 390 et 454).

500. Synthèse des axes d'amélioration de l'approche conceptuelle. – Certains auteurs ont proposé de nuancer l'approche conceptuelle de l'*intuitus personae*. Pour une partie de la doctrine, il parait utile d'admettre le caractère protéiforme de cette notion dès le départ : ses effets varient alors *in concreto* en fonction de la volonté des parties, des particularités de leurs obligations ou encore de leur relation[3075]. Plusieurs auteurs belges et français ont confirmé cette opinion lors de la formation, de l'exécution, de la cession et de la dissolution des conventions *intuitu personae*.

1° Ce constat s'observe d'abord lors de la formation du contrat (*supra*, n° 159).

Par exemple, J. Ghestin a écrit que « [l'on] a coutume de dire, en effet, que l'erreur sur la personne n'est cause de nullité que dans les contrats conclus *intuitu personae*. On fait ainsi appel à une notion dont la portée dépasse les limites de la théorie de l'erreur […] Toutes ces observations sont intéressantes. Elles ont cependant l'inconvénient de conduire à formuler de façon abstraite et, du même coup, partiellement inexacte, le véritable problème »[3076] ; de ce fait, « *L'influence déterminante exercée sur le consentement par l'identité ou la qualité de l'autre partie est une question de pur fait qui doit être résolue selon les circonstances propres à l'espèce* »[3077].

2° Il existe de telles réflexions dans le cadre de l'exécution et de la cession (*supra*, n° 280).

Ph. Le Tourneau et D. Krajeski pensent que l'*intuitus personae* ne constitue qu'un obstacle relatif à la cession. Selon ces auteurs, « L'incessibilité n'est plus de principe : le créancier peut invoquer l'*intuitu personae* si tel est son intérêt (selon la formule du *C. civ., art. 1237*), mais cesse de pouvoir le faire lorsque le débiteur lui fournit une garantie de la réalité ou de la qualité de l'exécution, puisqu'en ce cas "l'identité du contrat" est maintenue. Une fois encore, la conception objective de l'*intuitu personae* conduit à une position différente, beaucoup plus souple, comme en matière de sous-contrat : *la substitution de la personne est possible, avec ou sans agrément, selon les risques contractuels ; l'appréciation s'opère alors nécessairement* in concreto »[3078].

3° Enfin, certains plaident pour une approche plus souple de la dissolution du contrat à l'occasion du décès et de la faillite de la partie choisie *intuitu personae* (*supra*, n° 490).

Par un arrêt du 22 février 2008, la Cour de cassation a décidé « [qu'il] n'existe pas de principe général du droit suivant lequel un contrat conclu en considération de la personne prend fin à la mort de l'une des parties »[3079]. Une convention *intuitu personae* ne s'éteint donc pas toujours automatiquement avec le décès du cocontractant qui justifie ce caractère. Dans ce contexte, G. Kostic souligne « [qu'en] matière d'*intuitus personae* objectif, la solution est inversée, car la

---

[3075] Voy. not. dans ce sens : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 365-366, n[os] 402-403 ; P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 205 ; M. WAUTERS, « De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak », obs. sous Gand 25 janvier 2001, *T.R.V.*, 2004, p. 249, n° 8 ; B. TILLEMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, *Bruikleen, bewaargeving en sekwester*, vol. C, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 26-27, n° 42.

[3076] J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 237, n° 199.

[3077] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4[e] éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013, p. 962, n° 1185.

[3078] Nous soulignons. Voy. pour cet extrait : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 79.

[3079] Cass., 22 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 486, spéc. p. 488.

personne attentive à son cocontractant ne s'attache qu'aux qualités objectives de celui-ci, qui dès lors peut être remplacé lorsque l'héritier substitué présente les mêmes qualités que le *de cujus* »[3080].

Ces observations se rencontrent aussi dans le cadre de la faillite. Par exemple, M. Lemal limite la dissolution du contrat *intuitu personae* au cas où cet événement crée une impossibilité d'exécution : ainsi cet auteur a-t-il écrit que « la faillite ne pourrait entraîner la dissolution de plein droit d'un contrat conclu *intuitu personae* que dans l'hypothèse où, de prime abord, *il apparait qu'il sera impossible, matériellement et juridiquement, d'en poursuivre l'exécution*. Hormis ce cas, il conviendra d'apprécier si la poursuite de l'exécution du contrat est acceptable par le curateur en fonction des règles particulières d'ordre public applicables en pareil cas et satisfaisante pour le cocontractant, bénéficiaire des garanties qui découlent de l'*intuitus personae* »[3081].

B. Synthèse des résultats de l'approche concrète de l'*intuitus personae*

501. Résultats de l'approche concrète au niveau de la formation du contrat. – Les premiers résultats de l'approche concrète de l'*intuitus personae* s'observent dès la formation du contrat.

1° Le régime de l'erreur sur la personne en témoigne (*supra*, n[os] 63-64).

La référence à la nature préétablie du contrat *intuitu personae* ne permet pas toujours de déterminer précisément quand une partie représente l'élément déterminant du consentement de l'*errans*. Cette condition de l'erreur s'apprécie, en principe, à la lumière des circonstances[3082]. Partant, l'*errans* doit la prouver en se référant à une clause contractuelle, à son comportement[3083], à l'interprétation de l'objet concret des obligations de son cocontractant[3084] ou à la finalité contractuelle initialement convenue avec l'autre partie[3085] : aussi la solvabilité de l'acheteur d'un château constitue-t-elle, par exemple, une qualité déterminante du consentement du vendeur compte tenu de l'importance du prix de la chose vendue[3086] ; les compétences d'un ouvrier ne s'avèrent pas essentielles quand sa fonction se limite à charger et à décharger des wagons[3087].

Toutefois, dans certaines circonstances, il est vrai que l'*errans* peut se fonder sur une présomption d'*intuitus personae* pour démontrer le caractère déterminant de sa méprise. Une telle présomption peut résulter de la nature abstraite de la prestation de son partenaire[3088], d'une loi imposant de tenir compte de l'une de ses qualités ou même d'un usage : les qualités physiques d'un mannequin déterminent objectivement le consentement de l'*errans*, dans la mesure où elles constituent l'objet des obligations contractuelles de cette partie[3089]. Il en va également ainsi de l'impartialité d'un arbitre : cette qualité parait objectivement déterminante du consentement des litigants, puisqu'un arbitre ne peut jamais exercer un pouvoir juridictionnel sans elle[3090].

[3080] G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997, p. 343, n° 497.
[3081] Nous soulignons. Voy. sur cet extrait : M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79, n° 1470.
[3082] Les juridictions jouissent donc d'un pouvoir d'appréciation souverain (Cass., 24 mai 1878, *Pas.*, 1878, I, p. 274).
[3083] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.
[3084] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN.
[3085] Saint-Denis-la-Réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 15835, note E. PUTMAN.
[3086] Cass. fr. 1re civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN.
[3087] Cass. fr. req., 17 janvier 1911, *D.P.*, 1911, V, p. 61.
[3088] Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697.
[3089] *Ibidem*.
[3090] Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.

2° Le régime de la réserve d'agrément dépend aussi des circonstances (*supra*, n^os^ 101-102).

Tout d'abord, s'agissant d'une offre faite au public, l'objet d'une réserve s'apprécie *in concreto* à la lumière de différents éléments de la pollicitation[3091]. Il existe souvent une réserve sur la solvabilité d'un candidat-locataire en pratique, parce que l'objet de l'obligation principale du preneur – le paiement du loyer – représente une charge importante pour la plupart des locataires[3092] ; de même, selon certains, rien ne s'oppose à reconnaitre l'existence d'une réserve implicite sur la moralité d'un candidat à l'emploi dont la fonction suppose d'éduquer des mineurs[3093]. En outre, une restriction découle parfois de la loi : les articles VII.77, §1^er^, et VII.133, §1^er^, du Code de droit économique imposent notamment au prêteur ou à l'intermédiaire de crédit d'évaluer rigoureusement la solvabilité du consommateur avant la conclusion de la convention.

Ensuite, il apparait que la *nature d'une réserve* de contracter dépend des circonstances de la cause. Une restriction présente une nature objective dès lors qu'une offre la formule avec suffisamment de précision pour délimiter son champ d'application et, de ce fait, pour contraindre l'offrant à contracter avec le premier acceptant venu : si un propriétaire se réserve le droit de contracter avec un candidat solvable, il ne peut pas refuser de contracter avec une personne dotée de cette qualité sans alléguer une autre raison légitime[3094]. En revanche, une réserve subjective se rencontre lorsque la restriction ne repose pas sur un critère précis, de sorte que son auteur conserve la maitrise de la conclusion du contrat en cas d'acceptation du destinataire de l'offre[3095] : la réserve sur la moralité d'un candidat à l'emploi l'illustre dès lors que l'offre ne requiert pas précisément la production d'un extrait de casier judiciaire afin d'attester l'existence de cette qualité.

3° Enfin, une approche concrète permet de cerner utilement les limites de la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* à l'occasion de la négociation du contrat (*supra*, n^os^ 156-157).

La marge d'appréciation dont bénéficie le titulaire de l'*intuitus personae* pour refuser de contracter dépend de législations particulières. En effet, certaines obligations de contracter ou de ne pas contracter – telles que le service bancaire de base – limitent la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* ; les trois lois antidiscrimination du 10 mai 2007 restreignent aussi la liberté contractuelle des parties à un contrat conclu en considération de la personne de l'une d'elles[3096] ; enfin, les droits européen et belge de la concurrence réduisent parfois la liberté de contracter de certains opérateurs économiques. Par exemple, un fournisseur sélectif purement qualitatif doit énoncer au candidat-distributeur pourquoi il ne satisfait pas aux critères objectifs de sélection ou pourquoi, le cas échéant, il refuse de contracter alors qu'il y répond objectivement[3097].

[3091] Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 307.

[3092] Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 781 ; Mons, 16 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 498.

[3093] Voy. not., à ce sujet, sur la demande d'extrait de casier judiciaire : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, p. 92, n° 107 ; S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 41-42, n° 29.

[3094] N. BERNARD, « Actualités du bail d'habitation : saut d'index "loyer", résiliation anticipée du bail de courte durée, discrimination, régionalisation, colocation, garantie locative, etc. », in *Baux d'habitation commerciaux et à ferme. Actualités sur fond de régionalisation*, V. PIRSON (éd.), Limal, Anthemis, 2016, p. 36, n° 47.

[3095] C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1^ère^ partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 554, n° 10.

[3096] Comm. Gand (Prés.), 29 septembre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 108, note A. D'ESPALLIER.

[3097] L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015, p. 497, n° 289. Voy. dans le même sens : C.J.C.E., 25 octobre 1983, C-107/82, aff. *AEG-Telefunken AG c. Commission des Communautés européennes*, n° 37.

De surcroit, les cours et tribunaux contrôlent la liberté de contracter du titulaire de l'*intuitus personae* sur la base de l'abus de droit. La considération de la personne se fonde presque toujours sur certains éléments objectifs qui permettent son contrôle[3098] : ainsi le refus d'agrément émis par un franchiseur constitue-t-il un abus de droit, lorsque le candidat répond à toutes les conditions objectives du contrat et que le franchiseur n'a manifestement aucun intérêt à refuser de contracter[3099]. Dans ce cadre, si la présence de la confiance réduit certes la marge d'appréciation dont disposent les juridictions pour sanctionner le refus de contracter, ce sentiment ne fait pas obstacle à l'exercice de leur pouvoir modérateur : un fournisseur peut détourner la liberté de ne pas contracter de sa finalité initiale quand il refuse de contracter avec un distributeur dans l'unique but de réduire la concurrence entre ses autres distributeurs géographiquement proches[3100]. L'*intuitus personae* ne confère donc qu'une liberté quasi-discrétionnaire de contracter dans certains cas[3101].

502. Résultats de l'approche concrète au niveau de l'exécution et de la cession du contrat. – Les chapitres concernant le principe de l'exécution personnelle et de la cession du contrat *intuitu personae* ont également confirmé l'opportunité d'adopter une approche concrète de ce caractère.

1° Ces propos se vérifient dans le cadre de l'article 1237 du Code civil (*supra*, n[os] 232-234).

La nature particulière d'un contrat *intuitu personae* ne permet pas toujours de déterminer méthodiquement quand le créancier peut exiger que le débiteur exécute personnellement ses obligations : la portée de ce caractère varie en pratique. Par exemple, un tiers peut rembourser le crédit de son ami sans heurter le caractère *intuitu personae* de cette convention[3102]. Dans cette logique, l'étendue de la considération de la personne dépend du contenu de chaque obligation que le débiteur doit exécuter et donc de la volonté des parties[3103]. Les contours de l'intention des cocontractants se déduisent de leurs clauses contractuelles, de leur comportement[3104], des particularités de l'objet de leurs obligations[3105], de la finalité contractuelle qu'ils poursuivent[3106] et même des particularités de la relation qu'ils entretiennent[3107]. Par exemple, un chirurgien s'incorpore dans le contenu de son obligation s'il accepte de se charger d'une opération très complexe, de sorte que l'un de ses assistants ne peut pas le remplacer ; l'associé d'une société simple ne peut pas déléguer durablement son pouvoir de gestion à un tiers – sans recueillir l'unanimité des voix – en raison du haut degré de confiance que les autres associés lui portent[3108] ; un avocat peut se faire remplacer par un collaborateur, à l'inverse, lorsque son client lui demande de rédiger un projet de citation de récupération de créance faisant déjà l'objet d'une facture[3109].

[3098] M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22.
[3099] Comm. (Prés.) Hasselt, 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, p. 95.
[3100] Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049, *R.C.J.B.*, 1995, p. 50.
[3101] M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22.
[3102] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2024, n° 1401.
[3103] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 366, n° 403.
[3104] C.T. Mons, 10 août 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 343.
[3105] P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.
[3106] Paris, 3 novembre 1994, *D.*, 1996, somm., p. 115, obs. D. MAZEAUD.
[3107] Cass. fr. 1re civ., 17 décembre 2002, *Bull. civ.*, 2002, I, p. 240 (contrat de bail à nourriture).
[3108] Voy. not. à ce sujet : H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers – Cambrigde, Intersentia, 2012, pp. 248-249, n° 457.
[3109] P. ROBIN, « L'exécution du contrat d'avocat », in *Le cabinet d'avocat à la rencontre du client*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 52-53.

Par ailleurs, dans d'autres situations, certains modes objectifs d'interprétation de la volonté des parties aident à cerner le degré d'implication personnelle que le créancier peut raisonnablement attendre de son débiteur. L'étendue de l'*intuitus personae* ressort donc parfois de dispositions légales[3110], de dispositions déontologiques ou d'un principe de bonne conduite applicable à une profession[3111], d'un usage[3112] ou encore de la manière dont le débiteur exerce habituellement son art[3113] : il est vrai que le client d'un avocat officiant dans une large association peut, en principe, s'attendre à ce que le *dominus litis* délègue la gestion de son dossier à un collaborateur interne[3114].

2° Le chapitre dédié à la cession imparfaite et parfaite de la convention nous semble avoir confirmé le bien-fondé d'une approche plus concrète de l'*intuitus personae* (*supra*, n^os^ 277-278).

En pratique, le cédant et le cessionnaire recourent parfois à une cession imparfaite de contrat. Si cette dernière ne suppose pas l'autorisation du cocontractant cédé, elle ne décharge pas le cédant[3115]. Dans le sillage de l'article 1237 du Code civil, le cédé peut donc s'opposer à cette opération dès lors qu'il dispose *in concreto* d'un intérêt à l'exécution personnelle des *obligations* du cédant : ainsi un preneur à nourriture peut-il s'incorporer dans la teneur de ses obligations en raison de l'affection que le bailleur lui porte, si bien qu'un cessionnaire ne peut pas les exécuter à sa place[3116]. En outre, dans certaines circonstances, il est admis que le cocontractant cédé peut réclamer l'exercice personnel des *droits* du cédant. Par exemple, un crédité ne peut pas céder son ouverture de crédit, parce que cette partie s'incorpore normalement dans son droit de faire appel aux fonds mis à sa disposition par l'institution financière[3117]. Cependant, à défaut de clause contractuelle, un donneur de licence n'aura sans doute pas d'intérêt à s'opposer à la cession d'un brevet portant sur l'exploitation d'un logiciel standard par une société quand le cessionnaire présente toutes les garanties de solvabilité et les compétences requises pour exercer ce droit[3118].

Il arrive que le cocontractant cédé, le cédant et le cessionnaire donnent leur accord à la cession parfaite du contrat. Selon certains, seul un *intuitus personae* de haute intensité s'oppose à la réalisation de cette opération. En effet, dans ce cas de figure, l'accord tripartite atteint les caractéristiques essentielles des droits ou des obligations de base : il entraine leur novation et, de ce fait, la dissolution du contrat initial au profit d'un nouveau radicalement différent[3119]. Un peintre réputé ne peut pas céder ses obligations à un autre artiste avec l'accord du client sans réaliser une œuvre radicalement différente et donc sans conclure une nouvelle convention[3120] ; à l'inverse, un avocat a pu céder son contrat avec l'accord de son client sans en modifier la teneur, parce que son intervention se limitait concrètement à le représenter pour des négociations peu complexes[3121].

[3110] Voy. sur l'article 17, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 : Trib. Trav. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 14.
[3111] Cass., 3 mars 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 176, note M. VANWIJCK-ALEXANDRE.
[3112] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 254-255, n° 97, B.
[3113] J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 mars 1989, *J.T.*, 1989, p. 384.
[3114] *Ibidem*.
[3115] Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 587, note C. BIQUET-MATHIEU, *R.G.D.C.*, 2018, p. 361, note V. WITHOFS.
[3116] Liège, 26 novembre 1885, *Pas.*, 1886, II, p. 63.
[3117] Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100 ; Liège, 15 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 732.
[3118] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.
[3119] V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 283, n° 216.
[3120] Voy. not., dans le même sens, en ce qui concerne la cession d'une convention conclue entre un acteur et un cinéaste : M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 186, n° 134.
[3121] Cass. fr. 1re civ., 6 juin 2000, *D.*, 2001, p. 1345, note D. KRAJESKI.

503. Résultats de l'approche concrète au niveau de la dissolution du contrat. – La dissolution du contrat constitue l'aboutissement de l'approche concrète de l'*intuitus personae*.

1° Il parait judicieux d'apprécier le contenu de l'*intuitus personae* dans chaque cas afin de déterminer quand la rupture de la confiance entraine la dissolution du contrat (*supra*, n^os^ 378-380).

Tout d'abord, la résiliation d'un contrat *intuitu personae* s'envisage lorsque la rupture de la confiance déterminante ou de l'affection implique une impossibilité morale d'exécution[3122]. Cette idée se vérifie notamment lors de la survenance d'une mésintelligence : si la confiance ou l'affection présente une haute intensité entre les parties, leur mésentente peut paralyser durablement l'exécution de leurs obligations contractuelles[3123]. Il en va ainsi dans les conventions de tontine ou d'accroissement[3124] et dans le bail à nourriture[3125]. En outre, dans certaines situations, il arrive que les actes d'une partie débouchent sur un motif grave de rupture, c'est-à-dire sur un obstacle psychologique durable à la poursuite de la convention dans le chef de son cocontractant. Par exemple, la condamnation pénale d'un éducateur de mineurs pour des faits de mœurs peut constituer un obstacle psychologique durable à l'exécution des obligations de l'autre partie[3126] ; la condamnation pour faux et usage de faux d'un expert-comptable peut anéantir durablement la confiance que son client lui porte et donc justifier un droit de rupture sans préavis à son profit[3127].

Ensuite, un manquement contractuel rompt parfois la confiance déterminante du créancier au point de présenter une gravité suffisante afin de justifier la résolution judiciaire ou par déclaration du contrat. Certaines inexécutions ne rendent pas la collaboration des parties durablement impossible, mais dégradent la confiance au point de ruiner toute l'utilité économique que le créancier retirait de l'exécution du contrat. Par exemple, une fabrique d'église peut réclamer la résolution d'un contrat conclu avec un architecte condamné pénalement, lorsqu'une clause exige que le prestataire conserve sa moralité pendant l'exécution de sa mission[3128]. Dans d'autres cas de figure, une inexécution contractuelle revêt une gravité suffisante pour créer une impossibilité morale d'exécution dans le chef du créancier : il s'agit du cas lorsqu'un concessionnaire exclusif manque régulièrement à ses obligations de paiement[3129]. Enfin, dans certaines conventions, la résolution résulte d'une atteinte à un devoir de collaboration loyale. Ce devoir de bonne foi renforcé s'observe dans certains contrats de franchise[3130] ou de concession exclusive[3131] quand la confiance atteint un haut degré d'intensité. Par exemple, un concessionnaire exclusif de vente s'expose à la résolution dès lors qu'il contourne une clause d'incessibilité en autorisant un tiers à revendre les produits qu'il propose pour le nom et pour le compte du concédant sans l'accord de ce dernier[3132].

[3122] Voy. not. en ce sens : S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, p. 89, n° 15 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123, n° 116.

[3123] Voy. not. dans le cadre de l'ancien article 45 du Code des sociétés : Comm. Liège, 11 janvier 2017, *J.D.S.C.*, 2017, p. 337, note M. LEMAL ; Mons, 27 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 960 ; Bruxelles, 31 mai 2005, *T.R.V.*, 2006, p. 331.

[3124] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.

[3125] Cass. fr. 1re civ., 21 avril 1976, *Bull. civ.*, 1976, I, n° 131.

[3126] Voy. not. sur une condamnation pénale en droit du travail : C.T. Mons, 24 mars 1988, *Chron. D.S.*, 1989, p. 47.

[3127] Voy. not. dans le domaine de l'agence commerciale : Anvers, 7 janvier 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 233.

[3128] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.

[3129] Bruxelles, 20 octobre 2011, *R.D.C.*, 2013, p. 122.

[3130] S. CLAEYS, « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, p. 68, n° 88.

[3131] P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 39-40, n° 39.

[3132] Comm. Hasselt, 21 février 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 389.

2° La dissolution du contrat *intuitu personae* dépend des circonstances au décès d'une personne physique et lors de la fusion par absorption d'une personne morale (*supra*, n^os^ 442-443).

La Cour de cassation a effectivement décidé qu'il n'existe pas de principe général selon lequel une convention *intuitu personae* prend fin de plein droit au décès de l'une des parties[3133]. De ce fait, il nous semble que la dissolution automatique se limite concrètement aux hypothèses où le décès du cocontractant *intuitu personae* rend ses droits impossibles à exercer ou ses obligations impossibles à exécuter. *Primo,* une impossibilité matérielle d'exécution se conçoit à partir du moment où un mannequin célèbre décède, puisque son héritier ne peut physiquement pas remplir son obligation sans en modifier le contenu de base[3134]. *Secundo*, lorsqu'une dame donne un bien en location à sa sœur par affection, la mort de cette preneuse peut constituer un obstacle psychologique à la transmission du droit au bail à ses héritiers dans le chef de la bailleresse : l'impossibilité d'exercer ce droit implique alors l'extinction de l'obligation corrélative de mise à disposition du bien de la bailleresse et donc la dissolution du bail[3135]. *Tertio,* selon certaines juridictions, il existe une impossibilité juridique lorsque les héritiers d'un ophtalmologue ne disposent pas du titre légal de leur auteur et qu'ils ne peuvent donc pas poursuivre son activité[3136]. En revanche, rien ne s'oppose à ce que les héritiers continuent les droits ou les obligations de leur auteur quand ils disposent des qualités requises à cet effet : ainsi une banque a-t-elle dû remettre les fonds promis aux héritiers d'un emprunteur décédé, car ceux-ci présentaient toutes les garanties nécessaires au remboursement et que les parties avaient dérogé au caractère réel de ce contrat[3137].

De surcroit, s'agissant d'une fusion par absorption, le principe de la transmission de plein droit du contrat *intuitu personae* reçoit exception lorsque cette opération rend les droits et les obligations de l'absorbée impossibles à exécuter. Une impossibilité matérielle d'exécution s'observe, par exemple, lorsque les employés d'une agence de publicité s'incorporent dans les obligations de l'absorbée et que l'absorbante les licencie à la suite de la fusion[3138]. Ces obligations tombent alors faute d'objet. Par ailleurs, dans d'autres situations, il apparait que la fusion constitue un obstacle psychologique pour le cocontractant de l'absorbée, c'est-à-dire un motif grave à la base d'une impossibilité morale d'exécution : tel est le cas quand un distributeur commercial se fait absorber par un concurrent direct de son fournisseur[3139]. La résiliation se fonde alors sur la disparition de la cause subjective de l'engagement du cocontractant de l'absorbée[3140]. Enfin, l'article 1184 du Code civil tempère la transmission automatique des contrats *intuitu personae* lors d'une fusion[3141] : un fournisseur peut résoudre le contrat conclu avec son distributeur absorbé quand la société absorbante se trouve liée par une clause d'exclusivité envers un autre fournisseur.

3° En définitive, certains pensent que la dissolution automatique d'une convention *intuitu personae* ne constitue pas une règle invariable lors d'une faillite (*supra*, n^os^ 487-488).

[3133] Cass., 22 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 486.
[3134] M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 126-127, n^os^ 129-130.
[3135] Civ. Bruxelles, 16 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 480, note M. LAHAYE et J. VANKERCKHOVE.
[3136] C.T. Mons, 4 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 354. Voy. not. pour des cas similaires : C.T. Liège, 16 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 348 ; C.T. Mons, 13 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 24 ; C.T. Mons, 3 novembre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 167.
[3137] Cass. fr. 1^re^ civ., 28 mars 2000, *Bull. civ.*, 2000, I, p. 70.
[3138] Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.
[3139] Voy. pour une variante de cet exemple : *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, p. 9.
[3140] Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, p. 199, n° 30.
[3141] *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 494/2, p. 22.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence limite la dissolution de plein droit aux cas où la faillite entraine une impossibilité d'exercice des droits ou d'exécution des obligations du failli[3142]. Dans ce cadre, la faillite représente le terrain d'élection de l'impossibilité juridique d'exécution, puisque le failli perd l'administration de son patrimoine à cette occasion. C'est pour cette raison que la faillite implique la dissolution des obligations ou des droits patrimoniaux dans lesquels le failli s'incorpore : si le curateur – ou un autre tiers – ne peut pas se substituer au failli afin d'exercer les droits issus d'une ouverture de crédit[3143], l'obligation corrélative de mise à disposition des fonds de la banque devient impossible à exécuter et sera donc dissoute de plein droit[3144]. Toutefois, dans un autre sens, il n'existe pas d'impossibilité d'exécution lorsque le failli ne doit pas faire appel à son patrimoine pour exécuter ses obligations ou pour exercer ses droits *intuitu personae*. Par exemple, un curateur peut engager un ébéniste réputé tombé en faillite afin qu'il exécute ses obligations, comme les articles XX.140 et XX.152 du Code de droit économique le prévoient[3145] ; de même, le curateur peut continuer un contrat de licence relatif à un logiciel standard afin de le céder à un repreneur qui dispose des qualités de solvabilité et des compétences requises pour l'exploiter[3146]. Enfin, s'agissant des contrats *intuitu personae* de confiance, il se peut que la faillite débouche sur un motif grave dans certaines circonstances particulières, c'est-à-dire sur l'impossibilité *morale* durable de poursuivre la convention dans le chef du cocontractant du failli : ainsi la faillite d'un organisateur de courses a-t-elle dissous le contrat conclu avec son commettant, car cet événement avait rompu la confiance en ses capacités de gestion de fonds[3147].

§2. – Confirmation des tentatives d'affinement des effets de l'intuitus personae

504. Variations de structure, de nature et d'intensité de l'*intuitus personae*. – Pour une partie de la doctrine, il convient d'admettre que les effets de l'*intuitus personae* ont un caractère variable : leur étendue dépend donc, en principe, des circonstances propres à chaque espèce[3148]. Nous avons confirmé cette piste de réflexion au sein des conclusions de chaque titre. Dans cette logique, nous montrerons que la structure de l'*intuitus personae* varie (**A**) et qu'il en va de même pour sa nature (**B**). Enfin, dans un dernier temps, nous confirmerons que l'intensité de ce caractère fluctue (**C**).

A. Synthèse des variations de structure de l'*intuitus personae*

505. *Intuitus personae* dans le contrat : lecture à l'échelle de l'obligation, de la prestation et des droits. – La doctrine belge appréhende l'*intuitus personae* à l'échelle de la convention. Si cette opinion présente de l'intérêt, nous pensons qu'elle peut être affinée à plusieurs niveaux.

[3142] Voy. not. en ce sens : M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79, n° 1470 ; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 223. Voy. not. en jurisprudence : Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138.

[3143] Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100 ; Liège, 15 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 732.

[3144] Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138.

[3145] A. DELVAUX et D. DESSARD, « Le contrat d'entreprise », in *Rép. not*., t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253.

[3146] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.

[3147] Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 450.

[3148] Voy. not. à ce sujet : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149, n° 70 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 92, n° 68. Voy. en droit français : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 231, n° 331.

1° Tout d'abord, il apparait que la structure de l'*intuitus personae* varie dans un contrat, dans la mesure où il peut concerner la personne d'une partie ou bien des deux (*supra*, n° 162).

Dans certaines situations, la considération de la personne présente un aspect unilatéral. Ce caractère vise alors un des cocontractants : si le travailleur justifie fréquemment le caractère *intuitu personae* du contrat de travail, il est admis que l'inclusion de la personne de l'employeur dans le périmètre contractuel dépend normalement des circonstances de l'espèce[3149]. L'unilatéralité de l'*intuitus personae* se vérifie dans le contrat de mandat (mandataire)[3150], dans le contrat médical (médecin)[3151], dans le contrat d'avocat (avocat)[3152] ou dans le contrat d'architecte (architecte)[3153].

En revanche, dans d'autres circonstances, rien ne s'oppose à ce que l'*intuitus personae* réside dans le chef des deux parties. Il revêt alors un aspect bilatéral : ainsi en est-il notamment pour la plupart des baux à nourriture[3154], pour le contrat de société simple[3155], pour certains contrats d'édition[3156], pour certains contrats d'avocats[3157], pour certains contrats d'*outsourcing*[3158] ou encore pour certains contrats de travail dont l'exécution requiert une collaboration étroite[3159].

2° Ensuite, l'*intuitus personae* concerne les obligations et les droits (*supra*, n° 281).

Les obligations d'un contrat ne contiennent pas toutes la même dose d'*intuitus personae*[3160]. En effet, si un bailleur à nourriture doit exécuter personnellement ses obligations de soins et de cohabitation, il peut faire fournir la nourriture par un tiers[3161] ; un architecte doit exécuter son obligation d'établissement des plans en personne, mais il peut déléguer celle de vérification du décompte final du coût des travaux à un collaborateur[3162]. Dans cet ordre d'idées, nous pensons que l'*intuitus personae* varie au sein d'une obligation et donc d'une prestation à une autre. Par exemple, un chirurgien peut déléguer les actes préparatoires d'une opération à l'un de ses assistants, mais il doit intervenir personnellement pour les actes principaux de celle-ci[3163].

[3149] V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 176-177, n° 204.
[3150] P. WÉRY, *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 71-72, n° 16.
[3151] Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *T. Gez.*, 2011-2012, p. 307, note C.-L.
[3152] P. ROBIN, « L'exécution du contrat d'avocat », in *Le cabinet d'avocat à la rencontre du client*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 52-53.
[3153] B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 76-81, nos 48-53.
[3154] A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 308-309, n° 436.
[3155] F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, p. 949, n° 18.
[3156] F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 346-347, n° 430.
[3157] J.P. Zottegem-Herzele, 6 mai 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1450 ; Civ. Nivelles, 30 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 213.
[3158] C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 137-146, nos 224-244.
[3159] W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 712.
[3160] C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, p. 25, n° 12.
[3161] F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, p. 443, n° 4.
[3162] B. LOUVEAUX, « Les rapports contractuels et les responsabilités », in *L'exercice de la profession d'architecte*, I. DURANT et R. DE BRIEY (éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 80, n° 53.
[3163] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 405, n° 408.

En outre, il arrive que la considération de la personne concerne les droits dont jouit un créancier : une libéralité accordée à un donataire déterminé se fonde en général sur l'affection, de sorte que les droits du donataire comportent l'*intuitus personae*[3164]. Ce dernier peut également colorer les droits d'une partie dans le commodat (emprunteur)[3165], dans le contrat d'ouverture de crédit (crédité)[3166], dans le contrat de licence (licencié)[3167], dans le contrat d'assurance de responsabilité professionnelle ou dans le contrat d'assurance-crédit (preneur d'assurance)[3168].

506. *Intuitus personae* dans le chef d'un tiers au contrat. – En pratique, l'*intuitus personae* dépasse parfois le cadre de la convention pour résider dans le chef d'un *tiers* (*supra*, n° 163).

1° Plusieurs exemples rendent compte de cette idée. Dans ce cadre, une caution peut invoquer une erreur sur la solvabilité du débiteur principal pour obtenir la nullité du cautionnement qu'elle a conclu avec le créancier : le débiteur est bien tiers à cette garantie[3169] ; la Cour de cassation française a également admis la nullité d'un contrat d'arbitrage pour cause d'erreur sur l'impartialité et l'indépendance d'un arbitre, alors que la juridiction arbitrale avait déjà rendu sa sentence[3170].

2° Les contrats conclus par les personnes morales confirment ces propos[3171].

Il est admis que les personnes morales disposent d'un patrimoine et donc d'une identité propre. Partant, leur réputation, leur solvabilité, leur expertise ou leur nationalité peuvent justifier le caractère *intuitu personae* du contrat qu'elles ont souscrit[3172]. Toutefois, dans d'autres cas, ce caractère réside dans la personne d'un tiers au contrat, à savoir dans le chef du dirigeant effectif, de l'actionnaire de référence ou même dans le chef d'un agent d'exécution de la personne morale[3173]. Lors d'un arrêt du 29 octobre 2013, la Cour d'appel de Mons a confirmé que « Le caractère *intuitu personae* est applicable aux personnes physiques comme aux personnes morales. Lorsque la partie contractante est une personne morale, le caractère personnel prend généralement en compte l'actionnaire de référence et la personne qui a la gestion effective de la société »[3174].

L'intégration de la personne du tiers dans le périmètre contractuel constitue une question de fait qui s'apprécie *in concreto* : la solution dépend des clauses contractuelles, d'un usage[3175], des particularités de l'objet des obligations de la personne morale ou de la notoriété du tiers visé par la considération de la personne. De la sorte, un architecte justifie le caractère *intuitu personae*

[3164] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49.
[3165] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119.
[3166] R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 164, n° 16, spéc. note 169.
[3167] Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 15-17, nos 19-20.
[3168] M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 387-388, n° 482.
[3169] Cass. fr. com., 1er octobre 2002, *Bull. civ.*, 2002, IV, p. 149. Voy. dans un sens similaire sur la qualité de commerçant du débiteur principal : Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET.
[3170] Cass. fr. 2e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.
[3171] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 35.
[3172] C. PIETRO, *La société contractante*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1994, pp. 413-415, nos 683-686.
[3173] Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1975 ; Mons, 29 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 161 ; Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS.
[3174] Mons, 29 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 161.
[3175] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 74, n° 77.

du contrat de rénovation de monuments anciens conclu par sa société, parce qu'il dispose d'une réputation particulière dans ce domaine et qu'il a signé les documents engageant sa société[3176].

B. Synthèse des variations de nature de l'*intuitus personae*

507. Base : *intuitus personae* de confiance et d'affection. – La confiance et l'affection constituent historiquement les premiers fondements du concept de l'*intuitus personae*.

1° La confiance comporte plusieurs formes et plusieurs intensités (*supra*, n^os^ 165 et 283).

Dans sa forme relationnelle, la confiance renvoie aux « attentes en termes de loyauté et de non-opportunisme, soit l'idée que chaque cocontractant prendra en compte l'intérêt de l'autre »[3177]. Un contrat comporte un haut degré de confiance, en général, quand les parties collaborent étroitement : ainsi en est-il lorsqu'un dentiste et sa secrétaire privée travaillent tous deux dans la même pièce pendant des années[3178] ; un contrat d'édition contient une haute dose de confiance dès lors que l'éditeur et l'auteur collaborent étroitement à la promotion de l'ouvrage[3179]. Certains contrats de distribution commerciale sélective[3180] ou exclusive[3181] suivent cette logique. Cette idée se vérifie dans les sociétés de personnes et, en particulier, dans le contrat de société simple[3182].

Il arrive qu'une partie cherche également à entrer en relation contractuelle avec un cocontractant nanti d'une moralité ou d'une honorabilité spécifique. Par exemple, une fabrique d'église peut exiger d'un architecte qu'il ait une moralité exemplaire, parce que sa mission l'oblige à rénover un monument religieux et à collaborer avec de multiples autorités cléricales[3183]. Dans cette logique, rien ne s'oppose à ce que l'honorabilité financière d'un employé détermine le consentement de l'employeur si sa fonction requiert de manipuler des fonds[3184]. Enfin, selon l'exemple classique, une société peut exiger de ses employés qu'ils aient un casier judiciaire vierge de faits de mœurs à partir du moment où leur fonction les oblige à travailler avec des mineurs[3185].

2° L'affection représente un autre fondement de l'*intuitus personae* (*supra*, n^os^ 165 et 229).

Ce sentiment domine certaines conventions. Il en va ainsi dans les contrats conclus à titre gratuit tels que les donations[3186] ou la majorité des contrats de commodat[3187]. C'est aussi vrai pour maintes conventions de tontine et d'accroissement[3188] ou de bail à nourriture[3189]. Toutefois, dans

---

[3176] Civ. Bruxelles, 29 novembre 2013, *R&J*, 2015, p. 7.
[3177] C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006, p. 256, n° 279.
[3178] Trib. Trav. Bruxelles, 25 juin 1986, *Chron. D.-S.*, 1987, p. 54.
[3179] T.G.I. Paris, 20 décembre 1972, *R.I.D.A.*, 1973, p. 189.
[3180] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 68, n° 70.
[3181] T.G.I. Paris, 7 mars 1974, *D.*, 1974, somm., p. 85, *Gaz. Pal.*, 26-28 mai, 1974, p. 14, note T. BUHAGIAR.
[3182] F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, pp. 949-950, n^os^ 18-19.
[3183] Bruxelles, 16 février 1950, *Pas.*, 1950, II, p. 36.
[3184] C.T. Mons, 7 avril 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 122.
[3185] Voy. not. sur la production d'un extrait de casier judiciaire : O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 89-92, n° 107.
[3186] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49.
[3187] H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e^ éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 133, n° 119.
[3188] Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612.
[3189] Liège, 26 novembre 1885, *Pas.*, 1886, II, p. 63.

certains cas, l'affection ne revêt pas un rôle prépondérant au sein de ces contrats[3190]. Selon F. Valleur, « L'esprit de libéralité peut très bien – au lieu de viser une personne déterminée – englober toute une catégorie de personnes, présentant certaines qualités ; on voit souvent, à l'occasion de sinistres notamment, des secours alloués aux sinistrés nécessiteux ; […] Le bienfaiteur se fera une idée bien vague et peut-être inexacte de la personne des gratifiés. Son geste profitera au premier venu. L'*intuitus personae* s'est amenuisé, décoloré sans cesse jusqu'à disparaître »[3191].

508. Évolution : *intuitus personae* tendant vers l'objectivité. – Certains auteurs pensent que l'*intuitus personae* évolue et qu'il peut reposer sur des fondements détachés de subjectivité[3192].

1° Le législateur renforce progressivement cette dépersonnalisation de l'*intuitus personae*.

Plusieurs lois imposent effectivement de contracter sur la base de raisons objectives. Par exemple, selon l'article 7 de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, « Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit *objectivement justifiée* par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires »[3193]. Si un employeur réserve un poste à un candidat doté de capacités physiques exceptionnelles, il doit donc démontrer que sa fonction le requiert objectivement. Tel est le cas pour un poste de pompier[3194] (*supra*, n° 166).

En outre, certaines dispositions légales autorisent la cession d'une convention *intuitu personae* à partir du moment où le cessionnaire dispose des qualités objectives requises pour exécuter le contrat cédé : ainsi l'article 16 de la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyages liées et de services de voyage prévoit que « Le voyageur peut, moyennant un préavis raisonnable adressé à l'organisateur sur un support durable avant le début du voyage à forfait, *céder le contrat de voyage à forfait à une personne satisfaisant à toutes les conditions applicables à ce contrat* […] »[3195]. La cession des contrats de crédit faits aux consommateurs[3196] et la cession privilégiée de bail à ferme l'illustrent aussi[3197] (*supra*, n° 277).

2° Dans cette perspective, une partie de la doctrine et de la jurisprudence admet que certaines qualités confèrent un fondement plus objectif à l'*intuitus personae* (*supra*, n° 166).

Une société peut accepter de contracter avec une autre personne morale dotée d'une nationalité, d'un siège social ou encore d'une forme juridique précise[3198]. Dans le même sens, la solvabilité d'un candidat au crédit[3199] ou d'un candidat-locataire[3200] peut s'apprécier objectivement sur la base de leur capacité de remboursement. Enfin, selon certains, il est vrai que l'*intuitus*

[3190] Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012, n° 49.
[3191] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 37-38, n° 18.
[3192] M. NICOLLE, « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, p. 58, n° 22.
[3193] Nous soulignons. Voy. aussi : article 9, §1er, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; article 7, §2, de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.
[3194] C.J.C.E., 12 janvier 2010, C.-229/08, aff. *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, n° 40.
[3195] Nous soulignons.
[3196] Voy. les articles VII.102 à 104 et VII.147/17 à 147/19 du Code de droit économique.
[3197] Voy. les articles 34 et 35 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme.
[3198] F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, pp. 160-161, n° 133.
[3199] Gand, 19 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1189 ; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183 ; Mons, 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 939 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.
[3200] Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 781 ; Mons, 16 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 498.

personae repose sur un fondement objectif quand un cocontractant requiert de l'autre qu'il dispose d'un agrément, d'une certification ou d'un diplôme précis pour exécuter ses obligations ou exercer ses droits de façon satisfactoire[3201]. Cette idée se vérifie notamment lorsqu'un distributeur de produits pharmaceutiques exige de son partenaire de recherche et de développement qu'il satisfasse à la norme ISO 13485 ou G.M.P. (« *Good Manufacturing Practice* ») pour lui fournir des produits.

Toutefois, en pratique, il n'existe pas toujours une frontière nette entre la subjectivité et l'objectivité. Par exemple, l'octroi d'une ouverture de crédit se fonde à la fois sur des qualités objectives – solvabilité et compétences – ainsi que sur des qualités subjectives – honorabilité et réputation – lorsqu'une entreprise ou un titulaire de profession libérale la sollicite[3202] ; un réseau de distribution sélective repose également sur des critères objectifs – constitution des stocks, ratio de fonds propres, aménagement du point de vente, qualification du personnel, etc. – et sur des critères subjectifs – expérience, réputation et honorabilité du dirigeant effectif du distributeur[3203].

C. Synthèse des variations d'intensité de l'*intuitus personae*

509. *Intuitus personae* au sens strict du terme. – La portée de la considération de la personne s'apprécie concrètement et donc à la lumière de la volonté des parties[3204]. Dans ce cadre, il existe un *intuitus personae* de haute intensité, c'est-à-dire au sens strict du terme[3205] (*supra*, n° 282).

Le *débiteur* peut d'abord s'incorporer dans la teneur de son obligation : seule cette partie peut alors exécuter l'obligation de façon satisfactoire, c'est-à-dire selon sa formulation initiale ; un tiers modifie le contenu de cette obligation, à l'inverse, lorsqu'il l'exécute à la place du débiteur[3206]. Dans cette logique, un peintre réputé se réifie dans la toile qu'il doit réaliser, de sorte qu'un autre artiste ne peut pas remplir cette obligation à sa place ; un avocat s'incorpore dans le contenu de ses obligations quand il doit accomplir une plaidoirie complexe dans son domaine de spécialité[3207]. Selon nous, la confiance justifie aussi un *intuitus personae* au sens strict : ainsi l'associé d'une société simple ne peut-il pas déléguer durablement son pouvoir de gestion à un tiers, car il se réifie dans ses obligations en raison du haut degré de confiance que les autres associés lui portent[3208].

Ensuite, le *créancier* peut s'incorporer dans la prestation que son débiteur doit remplir pour lui, au point que cet exécutant ne peut pas imaginer qu'un tiers exerce le droit ou reçoive le paiement à la place de son bénéficiaire. Il est admis qu'un crédité professionnel se réifie dans le contenu de son droit de faire appel à une ligne de crédit, parce que ses qualités définissent l'ampleur et les modalités de l'obligation de mise à disposition des fonds de la banque[3209]. Par ailleurs, un haut degré de confiance ou d'affection justifie parfois le caractère *intuitu personae* au sens strict des droits dont jouit un créancier : tel est le cas quand une bailleresse donne son bien en location à

[3201] C.E., 30 avril 1998, n° 73.382, http://www.raadvst-consetat.be. *Adde* : P. DE WOLF et Ph. COENRAETS, « Le sort des autorisations et des agréments administratifs en cas de fusion par absorption de sociétés », *Amén.*, 1999, pp. 3-17.
[3202] Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J.P. BUYLE.
[3203] L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 73-74, n° 77, B.
[3204] P. GILLAERTS, « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, p. 295.
[3205] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, p. 33, n° 28.
[3206] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401. Voy. not. dans le même sens en droit français : N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 69, n° 24.
[3207] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 395, n° 400.
[3208] Voy. not. dans un sens similaire : H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers – Cambrigde, Intersentia, 2012, pp. 248-249, n° 457.
[3209] Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100 ; Liège, 15 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 732.

sa sœur par pure affection. En l'occurrence, si la preneuse se réifie dans son droit au bail, ses héritiers ne peuvent pas en bénéficier à son décès ; l'obligation corrélative de mise à disposition des lieux loués de la bailleresse devient impossible à exécuter et s'éteint donc par caducité[3210].

Enfin, à titre exceptionnel, une personne morale peut justifier le caractère *intuitu personae* au sens strict de ses obligations ou de ses droits : rien ne s'oppose à ce qu'une société d'architecture réputée s'incorpore dans l'obligation d'établissement des plans qu'elle doit réaliser pour un ouvrage complexe[3211] ; de même, selon certains auteurs, une personne morale peut fonder un *intuitus personae* de haute intensité lorsqu'elle devient administratrice d'une société civile[3212]. Il arrive que le dirigeant effectif, l'actionnaire de référence ou un agent d'exécution de la personne morale se trouve à la base d'un tel caractère. En effet, un avocat, un chirurgien ou un architecte doté de qualités spécifiques peut se charger de l'exécution d'une prestation complexe et, de la sorte, s'incorporer dans les obligations souscrites par sa société unipersonnelle[3213] (*supra*, n° 215).

510. *Intuitus personae* au sens large du terme. – En pratique, il y a également place pour un *intuitus personae* de plus faible intensité, c'est-à-dire au sens large du terme[3214] (*supra*, n° 282).

La considération de la personne présente cette intensité à partir du moment où les qualités du *débiteur* déterminent l'engagement du créancier, sans pour autant s'incorporer dans la prestation qu'il doit accomplir ; un tiers nanti de qualités équivalentes peut, en principe, payer de façon satisfactoire à sa place[3215]. Un tiers peut rembourser le crédit de son ami sans heurter le caractère *intuitu personae* des obligations issues de cette convention[3216]. Dans le même sens, si un contrat de maintenance exige que le prestataire dispose d'un agrément ou d'une certification précise pour intervenir, un tiers doté de cette qualité peut s'acquitter de ses obligations à sa place[3217]. En outre, à notre sens, le fait qu'une convention se fonde sur une part de subjectivité n'implique pas nécessairement que le débiteur s'incorpore dans le contenu de ses obligations : si un contrat conclu avec un expert-comptable se fonde sur l'honorabilité financière de ce prestataire, rien ne s'oppose à ce qu'un tiers nanti de cette qualité interchangeable puisse exécuter ses obligations contractuelles.

Dans cet ordre d'idées, les qualités du *créancier* peuvent déterminer le consentement de son débiteur, sans pour autant s'incorporer dans la prestation que cette partie doit lui fournir. Il existe alors un droit *intuitu personae* au sens large du terme. Certains droits intellectuels s'inscrivent dans cette logique : une société peut accorder un droit de licence sur un logiciel standard à une personne morale disposant de la solvabilité et des compétences nécessaires pour l'exploiter, si bien qu'un tiers doté de qualités équivalentes peut très bien exercer ce droit à sa

---

[3210] Civ. Bruxelles, 16 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 480, note M. LAHAYE et J. VANKERCKHOVE.
[3211] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 282, n° 35.
[3212] K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 155, n° 27.
[3213] F. MOURLON BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, p. 281, n° 32.
[3214] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 233-242, n^{os} 335-354.
[3215] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2023-2024, n° 1401.
[3216] *Ibidem.*
[3217] D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, p. 247, n° 438.

place[3218]. Toutefois, le donneur de licence peut s'opposer à la sous-licence ou à la cession du brevet dès lors qu'il démontre que le tiers n'a pas les qualités pour l'exercer de façon satisfactoire[3219].

En définitive, il convient d'admettre que les contrats conclus *intuitu personae* – ou *intuitu firmae* – par les personnes morales comportent généralement une plus faible dose de ce caractère. Si la solvabilité et les compétences des sociétés déterminent le plus souvent le consentement de leurs cocontractants, il est vrai que ces qualités interchangeables ne constituent qu'une simple garantie d'exécution[3220]. Ce constat se vérifie également quand un tiers justifie le caractère *intuitu personae* des obligations qui incombent à la personne morale. Lorsqu'un patient conclut un contrat médical avec un hôpital, le prestataire initialement consulté se trouve parfois à la base d'un *intuitus personae* au sens large : un médecin du même département peut alors le remplacer[3221]. Le client d'une large société d'avocats peut aussi s'attendre à ce qu'un collaborateur assiste ou remplace le *dominus litis* initial quand l'association procède habituellement de la sorte[3222] (*supra*, n° 216).

§3. – Réflexions finales sur la réglementation de l'intuitus personae

511. Réglementation de la formation, de l'exécution, de la cession et de la dissolution du contrat *intuitu personae*. – En conclusion, compte tenu de tous ces développements, nous pensons qu'il y a lieu de déterminer si le Code civil possède les outils adéquats pour cerner l'approche concrète de la notion de l'*intuitus personae*. Nous répondrons à cette question pour la formation, l'exécution et la cession du contrat (*infra*, n° 512) ainsi que pour sa dissolution (*infra*, n° 513).

512. Réglementation de la formation, de l'exécution et de la cession du contrat *intuitu personae*. – Les articles 1110, alinéa 2, et 1237 du Code civil règlent les effets de l'*intuitus personae* au stade de la formation et de l'exécution du contrat ; la seconde disposition s'applique également par analogie lors de la cession de ce genre de convention (*supra*, n[os] 27 et 177).

1° Il nous semble que ces deux articles suffisent pour appréhender le régime de l'*intuitus personae* à l'occasion de ces différentes étapes de la vie du contrat.

En effet, lors de l'étude de l'erreur sur la personne et de la réserve d'agrément, nous avons vu qu'il fallait raisonner *in concreto* pour savoir si les qualités d'un cocontractant avaient pénétré le champ contractuel au moment de la conclusion du contrat. Le résultat dépend alors de l'examen des clauses contractuelles, du comportement des parties[3223], de l'interprétation de l'objet concret de leurs obligations[3224] et même, à titre complémentaire, de la finalité contractuelle qu'elles poursuivent[3225]. Dans d'autres situations, un cocontractant peut se fonder sur une présomption d'*intuitus personae* résultant de la nature abstraite de la prestation de son partenaire[3226], d'une loi

---

[3218] M. KEUP, « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, p. 306.

[3219] Voy. not. sur la question de l'*intuitus personae* dans le droit de licence : Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 15-17, n[os] 19-20.

[3220] P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2024, n° 1401.

[3221] C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995, pp. 29-30, n° 15.

[3222] J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 mars 1989, *J.T.*, 1989, p. 384.

[3223] Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

[3224] Cass. fr. 1[re] civ., 20 mars 1963, *D.*, 1963, jurisp., p. 403, *J.C.P.*, 1963, II, 13228, note P. ESMEIN.

[3225] Saint-Denis-la-Réunion, 6 octobre 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 15835, note E. PUTMAN.

[3226] Paris, 13 mai 2014, *JurisData* n° 2014-010697.

imposant de tenir compte de l'une de ses qualités ou d'un usage afin de prouver le caractère déterminant d'une qualité. De la sorte, nous pensons qu'une disposition légale ne peut pas rendre compte de cette liste d'outils – qui n'a pas un caractère exhaustif –, sans risquer de figer son contenu et donc sans risquer de scléroser l'évolution de l'*intuitus personae* à cette occasion (*supra*, n° 160).

Ces propos s'appliquent à l'exécution et à la cession du contrat conclu en considération de la personne de l'une des parties. L'intensité de ce caractère s'apprécie à la lumière de la volonté des parties telle qu'elle ressort concrètement des clauses de la convention, de leur comportement[3227], des particularités de l'objet de leurs obligations[3228], de la finalité contractuelle qu'elles poursuivent[3229] ou des particularités de la relation qu'elles partagent[3230]. En outre, à l'instar des principes dégagés pour la formation du contrat, la référence à des modes objectifs d'interprétation de la volonté des parties aide à cerner le degré d'implication personnelle que le créancier peut attendre de son débiteur : ainsi en est-il de la nature abstraite de certaines prestations[3231], de plusieurs dispositions légales[3232], des règles déontologiques et des principes de bonne conduite applicables à une profession[3233], des usages propres à un secteur d'activité[3234] ou encore de la manière dont le débiteur exerce habituellement son art[3235]. Un article de loi ne nous parait pas pouvoir rendre adéquatement compte de ces outils et de leur évolution (*supra*, n° 283).

2° À notre sens, les aperçus de droit néerlandais que nous avons proposés confirment ce point de vue. Cet ordre juridique ne réglemente pas l'*intuitus personae* de façon générale.

Selon l'article 6:228 du *Burgerlijk Wetboek*, « *Een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar: […] c. indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden* »[3236]. Cette disposition partage des principes similaires avec l'article 1110, alinéa 2, du Code civil : il existe une erreur sur la personne quand un acteur croit contracter avec un impresario célèbre alors qu'il s'agit de l'un de ses parents[3237] (*supra*, n° 30).

[3227] C.T. Mons, 10 août 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 343.
[3228] P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, p. 54, n° 36.
[3229] Paris, 3 novembre 1994, *D.*, 1996, somm., p. 115, obs. D. MAZEAUD.
[3230] Cass. fr. 1re civ., 17 décembre 2002, *Bull. civ.*, 2002, I, p. 240.
[3231] M. BEHARS-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988, p. 126, n° 129.
[3232] Voy. not. l'article 17, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 et l'article X.5 du Code de droit économique.
[3233] Cass., 3 mars 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 176, note M. VANWIJCK-ALEXANDRE.
[3234] F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, pp. 254-255, n° 97, B.
[3235] J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 14 mars 1989, *J.T.*, 1989, p. 384.
[3236] Voy. not. sur cet article en droit néerlandais : A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 185-221 ; J.A.C. HIJMA, *Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil*, deel I, 8e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2013, pp. 239-261 ; M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996, pp. 141-333.
[3237] M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996, p. 244. Voy. dans le même sens : A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, pp. 221-222, n° 249.

Les articles 6:30 et 7:404 du Burgerlijk Wetboek s'inscrivent dans la même logique. Conformément à la première disposition, « *Een verbintenis kan door een ander dan de schuldenaar worden nagekomen, tenzij haar inhoud of strekking zich daartegen verzet* ». Selon la doctrine néerlandaise, seul un service très personnel (« *hoogstpersoonlijke dienstverlening* ») fait obstacle au paiement par un tiers ou un agent d'exécution : il en va ainsi, par exemple, du tableau peint par un artiste réputé[3238]. En revanche, un service simplement personnel (« *niet-hoogstpersoonlijke dienstverlening* ») ne fait pas obstacle à l'intervention d'un tiers ou d'un agent d'exécution à la condition que ce *solvens* ne modifie pas l'obligation lorsqu'il s'exécute. Cette idée se vérifie pour les obligations des médecins, des architectes ou des avocats[3239]. Ainsi, la doctrine considère qu'il faut apprécier *in concreto* l'*intuitus personae* (« *Er zijn verschillende graden* »[3240]) (*supra*, n° 182).

3° Les quelques aperçus de droit suisse que nous avons fournis suivent ce raisonnement. Il apparait que ce second ordre juridique règle le régime de l'*intuitus personae* de façon parcellaire.

L'article 24, alinéa 1er, du Code suisse des obligations prévoit la nullité de la convention lorsque l'erreur a un caractère essentiel, c'est-à-dire quand le cocontractant qui se prévaut de l'erreur « avait en vue une autre chose que celle qui a fait l'objet du contrat, ou une autre personne et qu'elle s'est engagée principalement en considération de cette personne ». L'*error in persona* se limite aux cas où la personne du cocontractant s'avère concrètement essentielle pour l'*errans* : cette situation se rencontre dans les contrats de confiance tels que le contrat de société[3241] (*supra*, n° 30).

Aux termes de l'article 68 du Code suisse des obligations, « Le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même ». Seule une prestation très hautement personnelle (« *höchstpersönliche Leistungsplicht* ») empêche le paiement d'un tiers ou d'un agent d'exécution[3242]. Une telle prestation dépend du contenu de l'obligation à exécuter : l'exemple de la réalisation d'une œuvre d'art en fait partie[3243]. Des dispositions instaurent aussi une présomption d'exécution personnelle dans certaines conventions. L'article 364, alinéa 2, du Code suisse des obligations l'illustre pour le contrat d'entreprise. Toutefois, une partie de la doctrine critique le recours à de telles présomptions qui s'adaptent mal aux évolutions de l'économie et de la division du travail[3244] (*supra*, n° 182).

513. Réglementation de la dissolution du contrat *intuitu personae*. – La réglementation de la dissolution des conventions *intuitu personae* ne suit pas la même logique. En effet, il convient de

---

[3238] T.F.E. TJONG TIJN TAI, *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 111, n° 123.

[3239] D. HAAS, « De aard van de verbintenis tot persoonlijke dienstverlening: minder bijzonder dan gedacht », *R.M. Themis*, 2010, p. 162, n° 2.

[3240] A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014, p. 157, n° 203.

[3241] P. ENGEL, « L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations », in *L'évolution récente du droit des obligations*, M. BLANC (éd.), Lausanne, Cedidac, 2004, pp. 16-17 ; B. SCHMIDLIN, *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genève – Bâle – Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, pp. 157-158, nos 27-28.

[3242] U. LEU, *Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 6e éd., in *Basler Kommentar*, H. HONSELL, N.P. VOGT et W. WIEGAND (éds.), Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 510, n° 3 ; P. GAUCH et M. SCHRANER, *Obligationenrecht. De Erfüllung der Obligationen. Art. 68-83 OR*, vol. 1e, 3e éd., in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, Zürich, Schulthess, 1991, p. 33, n° 15.

[3243] D. GUGGENHEIM, *Le droit suisse des contrats*, t. II, *Les effets du contrat*, Genève, Georg, 1995, p. 20.

[3244] P. GAUCH, *Le contrat d'entreprise*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 619, n° 617.

remarquer que la dissolution d'un contrat *intuitu personae* se justifie lorsque le décès, la fusion par absorption, la faillite et la disparition de la confiance impliquent *in concreto* l'impossibilité d'exercer les droits ou d'exécuter les obligations d'un cocontractant (*supra*, n° 492).

1° En pratique, cette impossibilité d'exécution présente une forme matérielle, morale ou juridique. Nous avons démontré que ces trois sortes d'obstacle se rencontrent dans le domaine du décès, de la fusion par absorption et de la faillite. Par exemple, il existe une impossibilité *matérielle* d'exécution quand un mannequin célèbre se confond avec l'objet de l'obligation portant sur son image, puisque son héritier ne peut physiquement pas la remplir sans en modifier le contenu initial[3245]. Une fusion par absorption peut notamment conduire à une impossibilité *morale* d'exécution dans le chef du cocontractant de l'absorbée, lorsque cette dernière fusionne avec le principal concurrent de cette partie[3246]. Enfin, s'agissant de l'impossibilité *juridique* d'exécution, la faillite fait obstacle à ce que le failli exerce les droits issus d'une ouverture de crédit, dans la mesure où il perd la capacité d'administrer son patrimoine à cette occasion[3247] (*supra*, n^{os} 493-495).

2° *De lege ferenda*, il nous semble donc utile de reconnaitre l'existence d'un principe général du droit, selon lequel un contrat *intuitu personae* prend fin quand un événement rend ses droits et ses obligations durablement impossibles à exécuter de façon satisfactoire (*supra*, n° 496).

Ce principe général du droit aurait le mérite de simplifier le régime de la dissolution de ces conventions, qui repose actuellement sur la caducité par la perte de l'objet[3248], sur la caducité par la disparition de la cause subjective[3249], sur le principe de la force majeure[3250] et même, dans certains cas de figure, sur l'article 1184 du Code civil[3251]. Si ce système présente l'avantage de la souplesse, sa complexité le rend difficile à comprendre et génère donc de l'insécurité juridique ; les interactions de ces fondements entrainent parfois la cannibalisation de l'un par l'autre : la résolution marche souvent, par exemple, sur les plates-bandes de la résiliation en pratique.

En outre, la reconnaissance du principe général proposé permettrait d'éviter d'élargir la notion de cause subjective pour justifier la dissolution du contrat *intuitu personae* dans certaines situations spécifiques : ainsi en est-il dès lors qu'un événement entraine la radiation d'un titulaire de profession libérale et donc la perte de son accès à la profession[3252]. Dans ces circonstances, certains justifient la dissolution du contrat sur la base de la disparition de la cause subjective de l'engagement du client : ce raisonnement se comprend si l'on accepte que ce prérequis – l'accès à la profession – représente, en quelque sorte, une qualité objectivement déterminante dans le chef de ce client[3253]. Il est vrai que ce point de vue étire la notion de cause jusqu'à ses dernières limites.

514. Conclusion générale. – En définitive, nous ne pensons pas qu'une réglementation globale de l'*intuitus personae* s'impose pour cerner les contours de son régime général : ce concept juridique présente un contenu protéiforme et des effets variables qui évoluent avec les mœurs de la

[3245] A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 419, n° 553.
[3246] *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1214/6, p. 9.
[3247] Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138.
[3248] Voy. not. en ce sens : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 33, n^{os} 27 et 28.
[3249] Voy. not. en ce sens : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, p. 107, n° 148.
[3250] P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 396-397, n^{os} 439-440.
[3251] Voy. not. à ce sujet : S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994, p. 269, n° 185.
[3252] Voy. not. l'article 160*ter* du Code de déontologie des avocats de l'*Ordre van Vlaams Balies*.
[3253] Voy. not. concernant la radiation d'un architecte : T.G.I de la Seine, 14 février 1962, *D.*, 1962, somm., p. 97.

société dans laquelle il s'inscrit. Partant, dans cette logique, nous souscrivons aux réflexions émises par M. Contamine-Raynaud il y a plus de quarante ans dans sa thèse de doctorat. Cette auteure remarquait que « Nous avons également vu que l'efficacité de l'*intuitus personae* variait non seulement selon la catégorie du contrat envisagé, mais aussi selon tel ou tel contrat, pris spécialement et qu'elle différait selon les effets envisagés »[3254]. De la sorte, elle concluait cette idée, en écrivant presque ironiquement « Existe-t-il une notion d'*intuitus personae* ? »[3255].

[3254] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, pp. 399-400, n° 271.
[3255] *Ibidem*.

Bibliographie sélective

I. Bibliographie des principaux ouvrages et articles de droit belge

ALTER (C.), « Droit bancaire général – Réglementation – Devoirs du banquier – Comptes – Services de paiement », in *Rép. not.*, t. IX, L. 1-II, Bruxelles, Larcier, 2010.

ALTER (C.), « Faillites et contrats en cours : état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *J.T.*, 2008, pp. 470-472.

ANDRIES (K.), « *Intuitu personae*-clausules », in *Gemeenrechtelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN et A.-L. VERBEKE (éds.), vol. I, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 333-357.

ANDRIES (K.), *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011.

AUGHET (Ch.), « Les pactes sur succession future », in *Libéralités et successions*, P. MOREAU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 189, Liège, Anthemis, 2019, pp. 299-371.

BAECK (J.), « (Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten », *T.P.R.*, 2008, pp. 321-371.

BAERT (G.), *Aanneming van werk*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 2001.

BALLON (G.-L.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. III, *Handels-en economisch recht*, deel 1, vol. B, B. TILLEMAN et E. TERRYN (éds.), Malines, Kluwer, 2011.

BAR (S.) et ALTER (C.), *Les effets du contrat*, Bruxelles, Kluwer, 2006.

BARBAIX (R.), « Verval van de schenking door het verdwijnen van de doorslaggevende beweegreden: het derde bedrijf », *R.W.*, 2008-2009, pp. 1666-1683.

BARBAIX (R.), *Handboek familiaal vermogensrecht*, Anvers, Cambridge, 2016.

BECUE (P.), « Commentaar bij art. 135 wet 4 april 2014 », in *Overzicht verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2017, 14 pages.

BEGIN (E.), *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « *R.P.D.B.* », Bruxelles, Bruylant, 2014.

BELLIS (J.-Fr.), *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

BERNARD (N.), « Actualités du bail d'habitation : saut d'index "loyer", résiliation anticipée du bail de courte durée, discrimination, régionalisation, colocation, garantie locative, etc. », in *Baux d'habitation commerciaux et à ferme. Actualités sur fond de régionalisation*, V. PIRSON (éd.), Limal, Anthemis, 2016, pp. 11-95.

BERNARD (N.), « Le bail de logement social et le droit fondamental à un logement décent », in *Le bail de logement social*, G. BENOÎT, N. BERNARD, D. DÉOM, P.-M. DUFRANNE et P. JADOUL (éd.), Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 1-51.

BERNARD (N.), « Le secteur du logement (privé et social) au prisme des règlementations anti-discrimination », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, pp. 151-213.

BERNARD (N.), « Les enfants (non signataires) ont-ils le droit de poursuivre le bail de logement social de leur auteur décédé ? », obs. sous J.P. Woluwe-Saint-Pierre 14 janvier 2013, *Jurim.*, 2013, pp. 408-424.

BEYAERT (S.), « Overdracht van contracten », obs. sous Liège 20 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 657-682.

BIQUET-MATHIEU (C.) et DECHARNEUX (J.), « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, pp. 149-231.

BIQUET-MATHIEU (C.) (e.a.), « Clauses abusives et pratiques réglementées », in *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, C. BIQUET-MATHIEU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 170, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 248-431.

BIQUET-MATHIEU (C.), « Dans l'attente de la réforme du droit des obligations, la notion de cession imparfaite de contrat au cœur de l'arrêt du 26 juin 2017 », obs. sous Cass. 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, pp. 587-590.

BIQUET-MATHIEU (C.), « La conclusion du contrat de crédit », in *Le crédit hypothécaire au consommateur. État de la question*, C. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 187-207.

BLOMMAERT (D.) et ALTER (C.), « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit », in *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, F. ROZENBERG (éd.), Limal, Anthemis, 2014, pp. 33-89.

BLOMMAERT (D.) et BRACKE (D.), *De aansprakelijkheid van de bankier als kredietverlener in het gemeen en bijzonder kredietrecht*, Gand, Larcier, 2015.

BLOMMAERT (D.), « Les principes relatifs au droit du crédit à la consommation », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, Waterloo, Kluwer, 2016, pp. 468-517.

BOËL (A.), « La caducité », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2008, 18 pages.

BÖLLEN (M.), « Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen m.b.t. een acquisitieovereenkomst », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 136-160.

BOUDGHENE (Y.) et DE KEULENEER (E.), *Pratiques et techniques bancaires*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2017.

BRAECKMANS (H.) et HOUBEN (R.), *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers – Cambrigde, Intersentia, 2012.

BROUW (R.), *La technique de la négociation du crédit*, Bruxelles, Éd. de services Interentreprises – Interbancaires, 1973.

BRULEZ (P.), *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers, Intersentia, 2015.

BUYLE (J.-P.) et PROESMANS (P.), « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires », in *Le droit bancaire et financier en mouvement*, M. GRÉGOIRE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 21-84.

BUYLE (J.-P.), DELIERNEUX (M.) et WILLEMS (A.), « Le refus légitime du banquier », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 69-89.

BYTTEBIER (K.), *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012.

CAPPELLINI (L.), « Les conventions collectives du C.N.T. – La phase précontractuelle », *Chron. D.S.*, 2002, pp. 50-65.

CARETTE (N.), *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2011.

CASTAIGNE (B.), « Le droit de l'insolvabilité des titulaires de professions libérales », in *Réformes des droits de l'insolvabilité, de l'entreprise et des sociétés*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 91-106.

CATTARUZZA (J.), « La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques », in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2e éd., Livre 172.2, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 17-33.

CAUFFMAN (C.), « Aanbod en aanvaarding volgens de Principles of European Contract Law, getoetst aan het Belgische recht », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, J. SMITS et S. STIJNS (éds.), Anvers, Intersentia, 2002, pp. 1-32.

CAUFFMAN (C.), « Het verval van verbintenissen wegens het teloorgaan van hun voorwerp erkend als algemeen rechtsbeginsel », obs. sous Cass. 14 octobre 2014, *R.W.*, 2005-2006, pp. 860-863.

CAUFFMAN (C.), *De verbindende eenzijdige belofte*, Anvers, Intersentia, 2005.

CLAEYS (S.), « Franchising », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 7, f. mob., Malines, Kluwer, 2013, 86 pages.

CLAEYS (S.), *Franchising*, Bruges, die Keure, 2009.

CLESSE (J.) et KÉFER (F.), *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2014.

CLOQUET (A.), *Les Novelles*, t. IV, *Les concordats et faillites*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985.

COIPEL (M.), « Dispositions communes à toutes les sociétés », in *Rép. not.*, t. XII, L. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982.

COIPEL (M.), « L'erreur de droit inexcusable », obs. sous Cass. 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 202-219.

CORDIER (J.-Ph.), « Les informations à fournir dans la phrase précontractuelle du contrat de travail », in *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant un contrat ?*, Bruxelles – Anvers, Bruylant – Kluwer, 2006, pp. 357-400.

CORNELIS (L.), « Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten », *R.D.C.*, 1983, pp. 6-47.

CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers – Groeningen, Intersentia, 2000.

CRAHAY (P.), *La rupture du contrat d'agence*, Bruxelles, Larcier, 2008.

CRUQUENAIRE (A.), DELFORGE (C.), DURANT (I.) et WÉRY (P.), *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015.

DAL (G.-A.) et VAN DEN ABBEELE (M.), « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1993, pp. 189-255.

DAMBRE (M.), « De Wet betrijding discriminatie en het huurrecht », in *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, M. DE VOS et E. BREMS (éds.), Anvers – New York – Oxford, Intersentia, 2004, pp. 321-347.

DAVIDTS (S.) et CAULIER (B.), « De la publicité à l'offre de crédit », in *Le crédit hypothécaire au consommateur. État de la question*, C. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 119-146.

DE BOECK (A.) et WAELKENS (J.), « Dwaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2017, 52 pages.

DE BOECK (A.), « Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven », in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers – Apeldoorn, Maklu, 2003, pp. 414-444.

DE BOECK (A.), « Aanbod en aanvaarding », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2008, 26 pages.

DE BOECK (A.), « Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 491-495.

DE BOECK (A.), « De Wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting », in *Wilsgebreken*, R. VAN RANSBEECK (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, pp. 37-100.

DE BOECK (A.), « *Genera non pereunt*, of toch wel? », *R.G.D.C.*, 2009, pp. 437-448.

DE CONINCK (B.) et DELFORGE (C.), « La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime général et sanctions », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 77-132.

DE CORDT (Y.), DELFORGE (C.), JACQUEMIN (H.), LÉONARD (Th.) et POULLET (Y.), *Manuel du droit de l'entreprise*, 3e éd., Limal, Anthemis, 2015.

DE COSTER (S.), *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijk analyse*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2015.

DE LOOR (T.), « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, pp. 761-776.

DE PAGE (H.) et DEKKERS (R.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972.

DE PAGE (H.) et DEKKERS (R.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975.

DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962.

DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964.

DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967.

DE PERRE (E.), *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929.

DE POTTER DE TEN BROECK (M.), « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid? », *T.P.R.*, 2018, pp. 219-322.

DE PRINS (D.), SOTTIAUX (S.) et VRIELINK (J.), *Handboek discriminatierecht*, Malines, Kluwer, 2005.

DE VISSCHER (F.) et MICHAUX (B.), *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

DE WOLF (P.) et COENRAETS (Ph.), « Le sort des autorisations et des agréments administratifs en cas de fusion par absorption de sociétés », *Amén.*, 1999, pp. 3-17.

DE WULF (H.), « Borgtocht en fusie: enkele opmerkingen », obs. sous Bruxelles 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, pp. 549-551.

DECKERS (H.) et MORTIER (A.), *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2014.

DEKKERS (R.) et VERBEKE (A.), *Handboek Burgerlijk recht*, deel III, Anvers, Intersentia, 2007.

DEKKERS (R.), « De la rupture des contrats à durée illimitée », obs. sous Gand 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 316-324.

DEKKERS (R.), *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955.

DEL CORRAL (J.), *Dwaling*, Bruxelles, Larcier, 2011.

DELAHAYE (T.), *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

DELFORGE (C.), « L'offre de contracter et la formation du contrat (2ème partie) », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 5-22.

DELFORGE (C.), « L'offre de contracter et la formation du contrat (1ère partie) », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 550-561.

DELFORGE (C.), « Le contrat à long terme », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. DELFORGE (éd.), coll. « UB3 », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7-38.

DELFORGE (C.), « Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 53-153.

DELFORGE (C.), *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, UCL, 2006.

DELVAUX (A.) et DESSARD (D.), « Le contrat d'entreprise », in *Rép. not.*, t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991.

DELVAUX (A.), *Traité juridique des bâtisseurs*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1968.

DEMARÉ (G.), *Onvoorziene omstandigheden: de macht van verwachtingen*, Bruges, die Keure, 2019.

DEMOLIN (P.) et DEMOLIN (V.), *Le contrat de franchise*, Bruxelles, Larcier, 2011.

DEMOLIN (P.), *Le contrat d'agence. Droit et obligations*, 3e éd., Waterloo, Kluwer, 2014.

DERINE (R.), « Het dwalingsgebrek in de toestemming tot het huwelijk », *R.W.*, 1955-1956, col. 1313-1332.

DIEUX (X.), « Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », obs. sous Cass. 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, pp. 528-546.

DIEUX (X.), « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », obs. sous Comm. Bruxelles 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 386-409.

DIRIX (E.), « Fusies en zekerheden », *T. Not.*, 1998, pp. 344-364.

DIRIX (E.), *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers – Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984.

DU JARDIN (L.), « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », obs. sous Anvers 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, pp. 918-925.

DU JARDIN (L.), *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

DURANT (I.), « La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, P. VAN OMMESLAGHE et J.-Fr. GERMAIN (éds.), Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, pp. 39-85.

ENGELS (C.) et VAN DER SYPE (Y.), *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2016.

FIERENS (J.P.), MOTTET HAUGAARD (A.M.), FAELLI (Th.) et GRIESS (S.), *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, Bruxelles, Larcier, 2008.

FLAMME (M.-A.) et LEPAFFE (J.), *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966.

FLOOR (D.-B.), « La société momentanée », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2017.

FONTAINE (M.), *Droit des assurances*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.

FORIERS (P.A.) et DE LEVAL (Ch.), « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 241-285.

FORIERS (P.A.) et GARNY (M.-A.), « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 231-256.

FORIERS (P.A.), « Caducité par perte de l'objet de l'obligation et disparition de sa raison d'être », obs. sous Cass. 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 519-524.

FORIERS (P.A.), « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, pp. 676-679.

FORIERS (P.A.), « La cause en droit français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 43-76.

FORIERS (P.A.), « Aspects des contrats multipartites en droit positif belge », in *L'entreprise et ses partenaires commerciaux. Aspects de droit contractuels*, M. DUPONT, F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (éds.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 167-206.

FORIERS (P.A.), « Le cautionnement et la responsabilité du banquier donneur de crédit », obs. sous Bruxelles 27 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, pp. 281-288.

FORIERS (P.A.), « Le contrat de prestation de services : obligations des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, pp. 121-207.

FORIERS (P.A.), « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, B. GLANSDORFF (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1990, pp. 29-142.

FORIERS (P.A.), « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Formation permanente de la C.U.P., Liège, 2003, pp. 5-65.

FORIERS (P.A.), « Louage d'ouvrage – Dépôt – Mandat », *J.T.*, 2004, pp. 319-323.

FORIERS (P.A.), « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », obs. sous Cass. 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74-113.

FORIERS (P.A.), « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », obs. sous Cass. 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189-240.

FORIERS (P.A.), *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006.

FORIERS (P.A.), *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

FREDERICQ (L.), *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949.

GANTY (S.) et VANDERSTRAETEN (M.), « Actualités de la lutte contre la discrimination dans les biens et services, en ce compris l'enseignement », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 183-246.

GARZANITI (L.) et VANDERMEERSCH (D.), « L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale : état de la question », *R.D.C.*, 1997, pp. 4-10.

GEENS (K.), « Les effets de la fusion », in *Les fusions et les scissions internes des sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 163-202.

GEORGE (F.), « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 129, Liège, Anthémis, 2011, pp. 191-262.

GEORGE (F.), « Fusion de société et cautionnement », obs. sous Cass. fr. com. 28 février 2018, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, pp. 74-80.

GEORGE (F.), « L'incidence de la faillite sur le contrat de factoring », *R.D.C.*, 2013, pp. 741-750.

GEORGE (F.), « La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge », in *La transmission des obligations*, P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 1179-1281.

GERMAIN (J.-Fr.), « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 456-466.

GERMAIN (J.-Fr.), « Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse », obs. sous Cass. 9 mars 2009, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 133-136.

GILLAERTS (P.), « Dood van de lasthebber. Waar uitzonderingen de regel vormen », *Jur. Falc.*, 2014-2015, pp. 289-326.

GILLIS (R.), *De rechtstreekse aanspraak in de onderovereenkomst*, Malines, Kluwer, 2014.

GILSON (S.), LAMBINET (F.) et ROSIER (K.), *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012.

GLANSDORFF (Fr.) et VAN DEN HAUTE (E.), *Traité de droit civil belge*, t. III, *Les contrats*, vol. 4, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2017.

GOOSSENS (W.), *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003.

GOUX (C.), « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 6-41.

GRÉGOIRE (M.), *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

HAINAUT-HAMENDE (P.), *Les sociétés anonymes*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2009.

HEENEN (J.), « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sous Cass. 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 85-98.

HENROTTE (J.-Fr.), HENROTTE (L.-O.) et DEVOS (B.), *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013.

HERVE (L.), « Aperçu général du sort des contrats en cours avant et après l'entrée en vigueur des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 421-460.

HOREVOETS (C.) et VINCENT (S.), « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination*, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, coll. « UB^3 », Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 11-106.

HUBEAU (B.), « De sociale huurovereenkomst is geen overeenkomst *intuitu personae* », obs. sous J.P. Gand 24 juin 1985, *R.W.*, 1988-1989, pp. 1094-1095.

HÜNER (T.), « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite : essai de rationalisation », *J.T.*, 2008, pp. 341-348.

JAFFERALI (R.), « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in *De quoi le contrat est-il le nom ?*, A. CATALDO et A. PÜTZ (éds.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 11-64.

JAFFERALI (R.), « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 129-230.

JAFFERALI (R.), *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

JAKHIAN (G.), LINSMEAU (J.), SCHERMANS (J.-P.) et VANDEMEULEBROEKE (M.), « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V, *Droit bancaire et financier*, vol. 1, 2e éd., version actualisée par C. ALTER, Waterloo, Kluwer, 2016, pp. 104-181.

JAMOULLE (M.), « La vie privée et le droit du travail », *Ann. dr. Louvain*, 1984, pp. 19-54.

JAMOULLE (M.), *Le contrat de travail*, t. I, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1982.

JAMOULLE (M.), *Le contrat de travail*, t. II, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1986.

KEUP (M.), « L'impact des procédures d'insolvabilité sur les contrats de licence : l'exemple du contrat de licence sur les logiciels », *I.R.D.I.*, 2017, pp. 296-312.

KILESTE (P.) et GODIN (N.), *Contrat d'agence commerciale*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016.

KILESTE (P.) et STAUDT (C.), « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 3-50.

KILESTE (P.) et STAUDT (C.), *Contrat de franchise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014.

KILESTE (P.), STAUDT (C.), DEJOLLIER (A.) et UMUVYEVI (G.G.), « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019, pp. 347-400.

KOHL (B.) et ONCLIN (F.), « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », Obs. sous Cass. 24 février 2011, *R.C.J.B.*, 2014, pp. 13-55.

KOHL (B.), « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 63, Liège, Formation permanente de la CUP, 2003, pp. 67-129.

KOHL (B.), *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2016.

KRUITHOF (R.), « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 281-310.

LAGA (H.), « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1986, pp. 237-264.

LAURENT (Fr.), *Principes de droit civil français*, t. XV, 3e éd., Bruxelles – Paris, Bruylant-Christophe – A. Marescq, 1878.

LEMAL (M.), « La dissolution », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (éd.), t. IV, *Les sociétés*, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 779-791.

LEMAL (M.), « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, 94 pages.

LENAERTS (A.), *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Bruges, die Keure, 2013.

LÉONARD (Th.), « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 542-597.

LEUNEN (C.-A.), « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, pp. 475-506.

MAGNUS (F.) et DE PIERPONT (G.), « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, pp. 943-966.

MAGNUS (F.), « La société de droit commun », in *Rép. not.*, t. XII, L. 5/1, Bruxelles, Larcier, 2015.

MALHERBE (Ph.), DE CORDT (Y.), LAMBRECHT (Ph.), MALHERBE (Ph.) et CULOT (H.), *Droit des sociétés*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2020.

MARCHANDISE (Ph.), « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives – Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 127-157.

MARR (C.), « Le paiement : modalités, instruments et imputation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations*, P. WÉRY (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 19-48.

MASSON (J.-P.), « L'annulation du mariage – Législation, doctrine, jurisprudence », in *Démariage et coparentalité*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 165-190.

MERCHIERS (Y.), « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau, 1994, pp. 281-319.

MICHAUX (A.-V.), *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010.

MICHIELS (D.), « Relatiebreuk beëindigt tontine », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.W.*, 2013-2014, pp. 1625-1628.

MONTERO (E.), « Les contrats de l'informatique et de l'internet », in *Rép. not.*, t. IX, L. 9, Bruxelles, Larcier, 2004.

MOTTET HAUGAARD (A.) et FAELLI (Th.), « Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004) », *D.A.O.R.*, 2005, pp. 209-243.

MOURLON BEERNAERT (F.), « *Intuitus personae* et sociétés », *T.R.V.-R.P.S.*, 2017, pp. 273-287.

NAEYAERT (P.), *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2012.

NUDELHOLC (S.), « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause », obs. sous Cass. 12 décembre 2008 et 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 350-408.

NUDELHOLE (S.J.), « Une donation est-elle frappée de caducité par disparition de sa cause, survenue postérieurement à la conclusion du contrat ? », obs. sous Cass. 16 novembre 1989, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 78-112.

PARMENTIER (C.), « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1984, pp. 55-98.

PAULUS (C.) et BOES (R.), *Lastgeving*, coll. « A.P.R. », Louvain, Éd. Story-Scientia, 1978.

PAUWELS (C.), *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Anvers – Apeldoorn – Diegem, Maklu – Ced. Samsom, 1995.

PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien – Lextenso, 2013.

PHILIPPE (D.), « À propos de la substance de l'erreur », obs. sous Cass. 24 septembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, pp. 218-223.

PHILIPPE (D.), « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 738-741.

PHILIPPE (D.-E.) et PHILIPPE (D.), « Transmission universelle ou à titre universel », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, vol. 2, f. mob., Malines, Kluwer, 2009, 14 pages.

PUTTEMANS (A.), « La vente à perte de services comme acte de concurrence déloyale », obs. sous Cass. 25 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 179-206.

PÜTZ (A.), « La "cause" des actes juridiques et plus particulièrement des reconnaissances de dettes », obs. sous Mons 25 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 523-528.

PUTZEYS (D.), DE GRAEUWE (B.) et DUMORTIER (B.), « Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise », in *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 100-125.

RAUCENT (L.), « La disparition de la cause dans les donations : à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1989 », *R.G.D.C.*, 1990, pp. 261-268.

RAUWS (W.), *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987.

REMICHE (B.) et CASSIERS (V.), *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010.

RENARD (C.), VIEUJEAN (E.) et HANNEQUART (Y.), *Les Novelles*, t. IV, *Théorie générale des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1957.

RENAULD (B.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, M. VERDUSSEN et N. BLONBLED (éds.), t. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553-605.

RENAULD (B.), « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, pp. 7-60.

RENIER (P.), *Le bail à ferme*, Bruxelles, Kluwer, 2005.

RIGAUX (P.), *L'architecte. Le droit de la profession*, Bruxelles, Larcier, 1975.

RIJCKAERT (O.) et LAMBERT (N.), *Le respect de la vie privée et le RGPD au travail*, Malines, Kluwer, 2019.

RINGELHEIM (J.), « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 38-72.

ROBIN (P.), « L'exécution du contrat d'avocat », in *Le cabinet d'avocat à la rencontre du client*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 51-66.

ROMAIN (J.-Fr.), « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, pp. 440-462.

ROMAIN (J.-Fr.), « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 86-134.

ROMAIN (J.-Fr.), « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinages et de l'abus de droit (plus précisément dans le refus individuel de contracter) », *Rev. dr. ULB*, 2002, pp. 185-256.

RORIVE (I.) et VAN DER PLANCKE (V.), « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2008, pp. 416-461.

ROSENAU (V.), « Les pactes successoraux à l'aune de la réforme du droit successoral », *R.T.D.F.*, 2018, pp. 71-104.

ROUSSIEAU (C.), « La modalisation des clauses d'accroissement quant à leur durée : quelles évolutions ? », *Rev. not. b.*, 2019, pp. 6-27.

RUTTEN (S.), « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.D.C.*, 2002, pp. 83-92.

RUTTEN (S.), « Over het recht van de schuldeiser om nakoming door een derde te weigeren: de schuldeiser is niet de hoeder van zijn betaler », obs. sous Cass. 2 février 2012, *R.W.*, 2014-2015, pp. 1160-1163.

RUTTEN (S.), *De betaling*, Anvers, Intersentia, 2011.

SCHUERMANS (L.) et VAN SCHOUBROECK (C.), *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, 3e éd., Anvers, Cambridge – Intersentia, 2015.

SERVAIS (M.), « De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarden voor de borgstelling? », obs. sous Cass. 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, pp. 396-406.

SIMONART (V.) et TILQUIN (Th.), *Traité des sociétés*, t. II, Diegem, Kluwer, 1997.

SIMONART (V.), « Le retrait d'un associé d'une association momentanée pluripartite », *D.A.O.R.*, 1990, pp. 9-20.

SIMONART (V.), *L'association momentanée*, Bruxelles, Créadif, 1990.

SIMONART (V.), *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

SIMONT (L.) et FORIERS (P.A.), « Propos sur l'article 29 de la loi sur le bail à ferme », in *Liber amicorum Fr. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 361-369.

SIMONT (L.), « Cession de bail », in *La transmission des obligations*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1980, pp. 281-339.

SIMONT (L.), « Le cautionnement », in *Aspects récents en droit des contrats*, P.A. FORIERS (éd.), Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2001, pp. 301-323.

STAROSSELETS (T.), « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éds.), coll. « C.U.P. », vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 9-71.

STEENNOT (R.), « Le formalisme d'information et de conclusion du contrat », in *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, C. BIQUET-MATHIEU (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 170, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 72-126.

STEENNOT (R.), « Tenietgaan van verbintenissen. Betaling », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 8, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, 16 pages.

STERCKX (D.) et STERCKX (L.), « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffection entre les partenaires : la caducité ressuscitée ? », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 388-413.

STERCKX (D.), « Le mariage en droit civil », in *Rép. not.*, t. I, L. 9/1, Bruxelles, Larcier, 2004.

STIJNS (S.) et JANSEN (S.), « De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 476-490.

STIJNS (S.) et JANSEN (S.), « Contractweigering kan rechtsmisbruik maken », obs. sous Cass. 7 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, pp. 1181-1187.

STIJNS (S.) et MARISSENS (A.), « Over verdwijnende beslissende beweegredenen in het voortbouwende overeenkomst. Een lezing van het "tontine-arrest" vanuit het verbintenissenrecht », in *Liber amicorum Patrick Senaeve*, Malines, Kluwer, 2017, pp. 439-466.

STIJNS (S.) et WÉRY (P.), « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », obs. sous Cass. 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, pp. 21-25.

STIJNS (S.), « De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 258-272.

STIJNS (S.), « De sanctionnering van de wilsgebreken », in *Wilsgebreken*, R. VAN RANSBEECK (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, pp. 131-168.

STIJNS (S.), « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 375-459.

STIJNS (S.), « Abus mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, pp. 33-44.

STIJNS (S.), « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, pp. 100-167.

STIJNS (S.), « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *Le juge et le contrat*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruxelles – Bruges, die Keure – la Charte, 2014, pp. 75-141.

STIJNS (S.), *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1994.

STIJNS (S.), *Verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005.

STIJNS (S.), *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2009.

STUYCK (J.), « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce », obs. sous Cass. 7 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 257-269.

SWINNEN (W.), « De kwalificatie als sponsoringovereenkomst », obs. sous Liège 6 juin 2011, *D.A.O.R.*, 2012, pp. 40-52.

T'KINT (Fr.) et CORBISIER (I.), « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Academia, Bruylant – Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 161-213.

T'KINT (Fr.) et DERIJCKE (W.), « La faillite », in *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006.

T'KINT (Fr.), « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, pp. 9-51.

T'KINT (Fr.), *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2004.

THIRY (A.), FABRY (P.) et MERCIER (J.), *Manuel des crédits*, 2e éd., Bruxelles, Éd. Crédit Général, 1977.

TILLEMAN (B.), « De sponsoringovereenkomst », *Jura Falc.*, 1986-1987, pp. 194-218.

TILLEMAN (B.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2, *Bruikleen, bewaargeving en sekwester*, vol. C, Anvers, Kluwer, 2000.

TILLEMAN (B.), *Le mandat*, Diegem, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 2000.

TILQUIN (Th.), « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *J.T.*, 1996, pp. 493-507.

TILQUIN (Th.), *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

VAES (O.), *Franchising. Guide pratique pour juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

VAN BUNNEN (L.), « Le traitement jurisprudentiel du refus de vente. État de la question », obs. sous Cass. 24 septembre 1992, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 10-36.

VAN COUTER (Y.) et VANBRABANT (B.), *Handboek Licentieovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2008.

VAN COUTER (Y.), PAUWELS (F.) et DE SMEDT (P.), « Angentuur », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 5, f. mob., Malines, Kluwer, 2015, 144 pages.

VAN DEN HAUTE (E.), « Le bail et la législation anti-discrimination ou lorsque le juge devient funambule », obs. sous Civ. Namur (Prés.), 5 mai 2015, *J.T.*, 2015, pp. 769-774.

VAN DEN HAUTE (E.), « La discrimination et le droit bancaire et financier », in *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, P. WAUTELET (éd.), coll. « C.U.P. », vol. 108, Liège, Anthemis, 2009, pp. 137-150.

VAN DEN HAUTE (E.), « La formation des contrats : de l'offre à l'acceptation », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2-23.

VAN EECKHOUTTE (W.) et NEUPREZ (V.), *Compendium social – Droit du travail. 2018-2019*, Liège, Kluwer, 2018.

VAN GERVEN (D.), *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2016.

VAN GERVEN (W.) et VAN OEVELEN (A.), *Verbintenissenrecht*, 4e éd., Louvain, Acco, 2015.

VAN GILS (X.), « Le droit de l'insolvabilité étendu aux avocats : les implications déontologiques », in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. ZENNER (éd.), Limal, Anthemis, 2018, pp. 85-100.

VAN LEUVEN (N.), « De Antidiscriminatiewet en de huurovereenkomst », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, pp. 111-141.

VAN LEUVEN (N.), « Les contrats et les droit de l'homme : une interaction mutuelle », *Droit des contrats : questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 89-161.

VAN LEUVEN (N.), *Contracten en mensenrechten*, Anvers, Intersentia, 2009.

VAN MAELE (A.), *Les Novelles, Droit bancaire*, Bruxelles, Larcier, 1951.

VAN MOLLE (M.) et FONTEYN (J.), « Les soins à la croisée des chemins de la planification patrimoniale, de la philanthropie et de la protection des personnes vulnérables », *R.P.P.B.I.*, 2017, pp. 45-59.

VAN OEVELEN (A.), « Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten », *D.A.O.R.*,1990, n° 14, pp. 43-63.

VAN OEVELEN (A.), « De buitenrechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard », obs. sous Cass. 2 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, pp. 503-506.

VAN OEVELEN (A.), « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *T.P.R.*, 2008, pp. 603-635.

VAN OEVELEN (A.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. E, *Aanneming van werk – Lastgeving*, Malines, Kluwer, 2017.

VAN OMMESLAGHE (P.), « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 328-367.

VAN OMMESLAGHE (P.), *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013.

VAN OMMESLAGHE (P.), *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013.

VAN OMMESLAGHE (P.), *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013.

VAN QUICKENBORNE (M.), *Borgtocht*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, Éd. Story-Scientia, 1999.

VAN RANSBEECK (R.), « Overlijden en faillissement », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 9, f. mob., Malines, Kluwer, 2005, 16 pages.

VAN RYN (J.) et HEENEN (J.), *Principes de droit commercial*, t. III, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981.

VAN RYN (J.) et HEENEN (J.), *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988.

VAN VAERENBERG (R.), « Recrutement et sélection des travailleurs », *Ors.*, 1990, pp. 65-70.

VAN WASSENHOVE (Y.), « Kredietverlening aan KMO's », *N.J.W.*, 2014, pp. 626-637.

VAN ZUYLEN (J.), « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 406-421.

VAN ZUYLEN (J.), « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010, obs. sous Cass. 14 octobre 2010, *D.A.O.R.*, 2012, pp. 5-16.

VANDENBERGHE (N.), « Les dernières évolutions en matière de crédit à la consommation », in *Actualités en matière de crédit*, E. VAN DEN HAUTE et Ch. VERDURE (éds.), coll. « UB^3 », Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 9-71.

VANDERMEERSCH (D.), *De Mededingingswet*, Malines, Kluwer, 2007.

VANNES (V.), *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012.

VANSWEEVELT (Th.), *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 2e éd., Bruxelles – Anvers – Apeldoorn, Bruylant – Maklu – Ced. Samsom, 1992.

VELU (S.), « La libération de la caution à l'égard du créancier sur base d'exceptions », obs. sous Bruxelles 16 juin 1975, *Rev. de la banque*, 1976, pp. 312-321.

VERBRAEKEN (C.) et DE SCHOUTHEETE (A.), *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Diegem, Kluwer, 1997.

VERMANDER (F.), « Antidiscriminatiewet en de financiële sector », in *La loi antidiscrimination et les contrats*, S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), Bruges – Bruxelles, die Keure – la Charte, 2006, pp. 207-233.

VERMANDER (F.), *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2014.

VEROUGSTRAETE (I.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011.

VIEUJEAN (E.), HANNEQUART (Y.) et VAN DER MADE (R.), *Les Novelles*, t. IV, *Théorie générale des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1958.

WAELKENS (J.), « Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen », *R.D.C.*, 2017, pp. 355-378.

WAGEMANS (M.), *Concession de vente*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014.

WALLEMACQ (L.), *Traité et formulaire des associations momentanées et en participation*, Bruxelles, Bruylant, 1973.

WANTIEZ (C.) et VOTQUENNE (D.), *Le licenciement pour motif grave*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2012.

WAUTERS (M.), « De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak », obs. sous Gand 25 janvier 2001, *T.R.V.*, 2004, pp. 245-249.

WÉRY (P.), « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », obs. sous Cass. 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 300-348.

WÉRY (P.), *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011.

WÉRY (P.), *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016.

WÉRY (P.), *Le mandat*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2019.

WILLEMART (S.) et WILLEMART (M.), « Examen de jurisprudence : 1995-2004. Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995) », *J.T.*, 2005, pp. 89-98.

WILLEMART (S.) et WILLEMART (M.), *Les concessions de vente en Belgique*, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2007.

WILLEMART (S.) et WILLEMART (Q.), « Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995 transposée au livre X du Code de droit économique). Examen de jurisprudence 2005-2017 », *J.T.*, 2019, pp. 2-13.

WITHOFS (V.), « De gemeenrechtelijke contractoverdracht als zelfstandige rechtsfiguur », *R.W.*, 2015-2016, pp. 483-502.

WITHOFS (V.), *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015.

ZENNER (A.) et ALTER (C.), « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », obs. sous Cass. 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 245-253.

ZENNER (A.), *Dépistages, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998.

ZENNER (A.), *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises – Prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009.

II. Bibliographie des principaux ouvrages et articles de droit français

AL SURAIHY (Y.), *La fin du contrat de franchise*, Thèse, Université de Poitiers, 2008.

ALBORTCHIRE (A.), *Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission des sociétés commerciales*, Thèse, Clermont-Ferrand, 2005.

ANTONMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, L.G.D.J., 1992.

ARTEIL (D.), *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006.

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 5e éd., par G. RAU et Ch. FALCIMAIGNE, Paris, L.G.D.J., 1902.

AUGAGNEUR (L.-M.), « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *J.C.P.*, G, 2005, I, 158, pp. 1445-1450.

AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 2017.

AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984.

BARTHEZ (A.-S.) et HOUTCIEFF (D.), *Les sûretés personnelles*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2010.

BARTHEZ (A.-S.), *La transmission universelle des obligations*, Thèse, Paris 1, 2000.

BEDOURA (J.), *L'amitié et le droit civil*, Thèse, Tours, 1976.

BEHARS-TOUCHAIS (M.), *Le décès du cocontractant*, Paris, Economica, 1988.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2014.

BÉRARD (P.-Y.), « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *RTD. com.*, 2007, pp. 279-320.

BLANCHARD (P.), « Les clauses de changement de contrôle, instrument de stabilisation et de sauvegarde », *R.D.A.I.*, 2006, pp. 159-196.

BLONDEL (P.), *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1969.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, Aix-Marseille, P.U.A.M, 2005.

BOURGEON (C.), « Á propos des clauses d'*intuitus personae* », *R.D.C.*, 2004, pp. 499-501.

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, 10e éd., LexisNexis, 2015.

CALVO (J.), « Les clauses d'*intuitus personae* dans les contrats commerciaux », *L.P.A.*, 5 juillet 1996, pp. 10 et suivantes.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1927.

CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Litec, 2006.

CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961.

CERVETTI (P.-D.), « Clauses d'*intuitus personae* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et P. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, pp. 547-557.

CHENUT (Ch.-H.), *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003.

CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10e éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1948.

COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, Henri Plon, 1865.

CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974.

COQUELET (A.), *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994.

COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 1994.

DE QUENAUDON (R.), « La fin du contrat de mandat », in *Juris-Classeur. Code civil, Art. 1915 à 1920. App. 2011 à 2043*, Fasc. 60, 2002.

DELVINCOURT (M.), *Cours de droit civil*, t. V, Bruxelles, Librairie nationale et étrangère, 1827.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1868.

DIALLO (M.), « Le sort de la relation d'affaires après une déclaration de soupçons », *R.I.S.F.*, 2018, pp. 94-98.

DUBERTRET (M.), « L'*intuitus personae* dans les fusions », *Rev. sociétés*, 2006, pp. 721-760.

DUBOUT (H.), « Les clauses de changement de contrôle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, coll. « Feduci », Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 323-347.

DURANTON (M.), *Cours de droit civil*, t. VI, 4e éd., Bruxelles, Éd. Wahlen et compagnie, 1841.

FABAS-SERLOOTEN (A.-L.), *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, P.U.F., 2008.

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil. Les obligations*, t. 3, 8e éd., *Le rapport d'obligation*, Paris, Sirey, 2013.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit des obligations*, t. 1, 16e éd., *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2014.

GARRON (F.), « L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat », *R.I.D.C.*, 2004, pp. 74-82.

GARRON (F.), *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2005.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2001.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. I, 4e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013.

GRELON (B.), « L'erreur dans les libéralités », *RTD. civ.*, 1981, pp. 261-299.

GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2017.

HOUTCIEFF (D.), « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD. civ.*, 2003, pp. 3-29.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.

HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, Paris, Librairie Cotillon, 1899.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LÉCUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2012.

KOSTIC (G.), *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Paris V, 1997.

KRAJESKI (D.), « L'*intuitu personae* et la cession du contrat », obs. sous Cass. fr. com. 6 juin 2000, *D.*, 2001, pp. 1346-1347.

KRAJESKI (D.), *L'intuitus personae dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001.

LAROMBIÈRE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant – Christophe, 1865.

LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2009.

LE TOURNEAU (Ph.) et KRAJESKI (D.), « Contrat "*intuitu personae*" », in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 200, 2012.

LEBOIS (A.), « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *J.C.P.*, G, 2008, I, pp. 13-17.

LEDAIN SANTIAGO (R.), *La circulation du cautionnement : contribution à l'étude du transfert à titre particulier et de la transmission à titre universel du contrat de cautionnement*, Windhof, Promoculture, 2014.

LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (éds.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 97-107.

MAINGUY (D.), « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. sociétés*, 1996, pp. 17-35.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, 6e éd., Paris, L.G.D.J. – Lextenso, 2013.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *J.C.P.*, E, 1998, I, pp. 260-263.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les obligations*, t. I, 2e éd., Paris, Sirey, 1988.

MILLET (F.), « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, 2004, I, 116, pp. 441-445.

MOULY (C.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, Librairies techniques, 1979.

MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, 3e éd., Paris, Ed. Francis Lefebvre, 2005.

NICOLLE (M.), « La décision du banquier d'octroyer un crédit », *R.I.S.F.*, 2017, pp. 53-63.

OUDIN (M.), « La transmission des contrats de distribution », *RTD. Com*., 2011, pp. 447-462.

PAILLUSEAU (J.), « La cession de contrôle », *J.C.P.*, G, 1986, I, 3324.

PELLETIER (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L'Harmattan, 2004.

PERREAU (N.) et ACKERMANN (C.), « La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », *L.P.A.*, 3 juin 2004, pp. 4 et suivantes.

PETIT (B.), « Erreur », in *J.-Cl. Code civil*, vol. Art. 1002 à 1126 à 1130, Paris, Litec, 1998, fasc. 3-3.

PILET (G.), *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 1931.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Les contrats entre peintes et marchands ou galeries d'art », *Dr. et patrimoine*, janvier 2004, n° 122.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art (2eme partie) », *Dr. et patrimoine*, février 2004, n° 123.

PRIETO (C.), *La société contractante*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1994.

RENUCCI (J.-Fr.), « L'identité du cocontractant », *RTD. civ.*, 1993, pp. 441-483.

RICHARD (A.), *Le paiement de la dette d'autrui*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2007.

SALVAT (O.), « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de caution par un dirigeant de société », *L.P.A.*, 23 décembre 1999, pp. 10 et suivantes.

SCHMIDT (J.), *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982.

SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1998.

SIMLER (Ph.), « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *J.C.P.*, 1971, I, 2413.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis – Litec, 2008.

SIMLER (Ph.), obs. sous Cass. fr. com. 16 février 1977, *J.C.P.*, G, 1979, 19154.

SPANU (S.), « Clauses de changement de contrôle », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (éds.), Paris, Lextenso, 2011, pp. 175-177.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000.

TAFANELLI (O.), « Maintien du cautionnement souscrit par le dirigeant d'une société absorbée : confirmation d'une jurisprudence ambigüe », *L.P.A.*, 17 septembre 2004, pp. 8 et suivantes.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil. Les obligations*,11e éd., Paris, Dalloz, 2013.

THALLER (E.) et PERCEROU (J.), *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937.

TOULLIER (M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. III, Bruxelles, Société typographique belge, 1837.

TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XIV, *Du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires*, Bruxelles, Wahlen, 1845.

VALLEUR (F.), *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938.

VIALARD (A.), « L'offre publique de contrat », *RTD. civ.*, 1971, pp. 750-791.

VIANDIER (A.), « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Paris, Litec, 1998, pp. 193-203.

VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Traité de droit économique*, t. II, *Droit de la distribution*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015.

VOGEL (L.), *European Competition Law*, Paris – Bruxelles, LawLex – Bruylant, 2015.

III. Bibliographie des principaux ouvrages et articles de droit suisse

BRACONI (A.), CARRON (B.) et SCYBOZ (P.), *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 9e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2013.

CHERPILLOD (I.), *La fin des contrats de durée*, Lausanne – Paris, Cedidac – Litec, 1988.

ENGEL (P.), « L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations », in *L'évolution récente du droit des obligations*, M. BLANC (éd.), Lausanne, Cedidac, 2004, pp. 3-24.

ENGEL (P.), *Contrats de droit suisse*, 2e éd., Berne, Stämpfli Éditions, 2000.

ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., 1997, Berne, Stämpfli Éditions.

FAVRE (P.G.), *Le transfert conventionnel de contrat*, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2005.

FURRER (A.) et SCHNYDER (A.K.) (éds.), *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Art. 1-183 OR*, 2e éd., in *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2012.

GAUCH (P.) et SCHLUEP (W.), *Allgemeiner Tell*, Band I, in *Schweizerisches Obligationenrecht*, 10e éd., par J. SCHMID, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2014.

GAUCH (P.) et SCHLUEP (W.), *Allgemeiner Tell*, Band II, in *Schweizerisches Obligationenrecht*, 10e éd., par S. EMMENEGGER, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2014.

GAUCH (P.) et SCHRANER (M.), *Obligationenrecht. De Erfüllung der Obligationen. Art. 68-83 OR*, vol. 1e, 3e éd., in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, Zürich, Schulthess, 1991.

GAUCH (P.), *Der Werkvertrag*, 5e éd., Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2011.

GAUCH (P.), *Le contrat d'entreprise*, Zurich, Schulthess, 1999.

GUGGENHEIM (D.), *Le droit suisse des contrats*, t. II, *Les effets du contrat*, Genève, Georg, 1995.

HONSELL (H.) (éd.), *Obligationenrecht. Art. 1-529 OR*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008.

HONSELL (H.), VOGT (N.P.) et WIEGAND (W.) (éds.), *Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 6e éd., in *Basler Kommentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.

KOLLER (A.), *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, 3e éd., Berne, Stämpfli Verlag, 2009.

P. PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1997.

REHBINDER (M.) et STÖCKLI (J.-F.), *Obligationenrecht. Die einzelnen Vertragsverhältnisse. Der Arbeitsvertrag. Art. 319-362 OR. Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, t. 2.2.1, in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, H. HAUSHEER et H.P. WALTER (éds.), Band VI, Berne, Stämpfli Verlag, 2010.

REYMOND (Ph.), *La cession des contrats*, Lausanne – Paris, Cedidac – Litec.

SCHMIDLIN (B.), *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Mängel des Vertragsabschlusses. Art. 23-31 OR*, in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, H. HAUSHEER et H.P. WALTER (éds.), Berne, Stämpfli Verlag, 2013.

TERCIER (P.) et PICHONNAZ (P.), *Le droit des obligations*, 5e éd., Zurich, Schulthess, 2012.

TERCIER (P.), *Le droit des obligations*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 1999.

THÉVENOZ (L.) et WERRO (F.) (éds.), *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genève – Bâle – Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

WEBER (R.H.), *Das Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen. Die Folgen der Nichterfüllung. Art. 97-109 OR*, t. 1.5, in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, vol. VI, H. HAUSHEER (éd.), Berne, Stämpfli Verlag, 2000.

WEBER (R.H.), *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Erfüllung der Obligation. Art. 68-96 OR*, t. 1.4, 2e éd., in *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, vol. VI, H. HAUSHEER (éd.), Berne, Stämpfli Verlag, 2005.

IV. Bibliographie des principaux ouvrages et articles de droit néerlandais

CHAO-DUIVIS (M.A.B.), *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996.

DE JONG (G.T.), *Niet-nakoming van verbintenissen*, Kluwer, Deventer, 2006.

DU PERRON (C.E.), « De overeenkomst van opdracht », *N.J.B.*, 1993, pp. 1044-1048.

HAAS (D.), « De aard van de verbintenis tot persoonlijke dienstverlening: minder bijzonder dan gedacht », *R.M. Themis*, 2010, pp. 162-170.

HARTKAMP (A.S.) et SIEBURGH (C.H.), *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, deel III, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014.

HARTKAMP (A.S.) et SIEBURGH (C.H.), *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, deel I, 14e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2009.

HARTKAMP (A.S.) et SIEBURGH (C.H.), *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, deel II, 13e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 6, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2012.

HIJMA (JAC.), *Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil*, deel I, 8e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2013.

HOUBEN (I.S.J.), *Bijzondere overeenkomsten. Onbenoemde overeenkomsten*, deel X, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2015.

KORTMANN (S.C.J.J.), « Vragen over het einde van de opdracht », *W.P.N.R.*, 1994, pp. 309-310.

NIEUWENHUIS (J.H.), *Hoofdstukken verbintenissenrecht*, 2e éd., Deventer, Kluwer, 1980.

SCHOORDIJK (H.C.F.), *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979.

TJONG TIJN TAI (T.F.E.), *Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, deel IV, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2014.

VAN DEN BERGH (M.A.M.C.), *Bijzondere overeenkomsten. Aanneming van werk*, deel VI, 2e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2013.

VAN DUNNÉ (J.M.), *Verbintenissenrecht*, deel 1, 3e éd., Deventer, Kluwer, 1997.

VAN SCHAICK (A.C.), *Bijzondere overeenkomsten. Bewaarneming, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, deel VIII, 7e éd., in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. 7, coll. « Asser-serie », Deventer, Kluwer, 2012.

WESSELS (B.), « De rechtsverhouding tussen cliënt en notaris resp. advocaat », *W.P.N.R.*, pp. 580-585.

Table des matières

Introduction générale 2

§1er. – Première approche de la notion de l'*intuitus personae* 2

§2. – Premières réflexions sur la notion de l'*intuitus personae* 7

§3. – Objet et méthode de la recherche 15

Titre I. La formation du contrat *intuitu personae* 21

Chapitre 1er. L'erreur sur la personne 22

Introduction du chapitre 22

Section 1re. La conception classique de l'erreur sur la personne 23

§1er. – Approche classique de l'erreur sur la personne 23

§2. – Réflexions sur l'approche classique de l'erreur sur la personne 31

§3. – Conclusion intermédiaire 37

Section 2. Le régime de l'erreur sur la personne 39

§1er. – Champ d'application de l'erreur sur la personne 39

§2. – Caractère déterminant de l'erreur sur la personne 49

§3. – Caractères commun et excusable de l'erreur sur la personne 56

§4. – Conclusion intermédiaire 62

Conclusion du chapitre 64

Chapitre 2. La réserve d'agrément à l'offre *intuitu personae* 66

Introduction du chapitre 66

Section 1re. La conception classique de la réserve d'agrément à l'offre *intuitu personae* 68

§1er. – Approche classique de la réserve d'agrément 68

§2. – Réflexions sur l'approche classique de la réserve d'agrément tacite à l'offre faite *intuitu personae* 75

§3. – Conclusion intermédiaire 80

Section 2. Le régime des réserves personnelles à l'offre *intuitu personae* 82

§1er. – Champ d'application des réserves personnelles à l'offre *intuitu personae* faite au public 82

§2. – Objet des réserves personnelles à l'offre *intuitu personae* 86

§3. – Nature des réserves personnelles à l'offre *intuitu personae* 97

§4. – Conclusion intermédiaire 106

Conclusion du chapitre 109

Chapitre 3. La liberté discrétionnaire de choix du cocontractant *intuitu personae* 111

Introduction du chapitre 111

Section 1re. La conception classique de la liberté discrétionnaire de choix du cocontractant *intuitu personae*. 113

§1er. – Approche classique des effets de l'intuitus personae sur la liberté de contracter et de ne pas contracter 113

§2. – Réflexions sur l'approche classique du choix discrétionnaire du cocontractant intuitu personae 117
§3. – Conclusion intermédiaire 122
Section 2. Panorama des restrictions à la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* 124
§1er. – Aperçu des limitations issues des obligations de contracter et de ne pas contracter 124
§2. – Aperçu des limitations issues des lois antidiscrimination 131
§3. – Aperçu des limitations issues des restrictions verticales de concurrence 140
§4. – Contrôle de la liberté de choix du cocontractant *intuitu personae* par l'interdiction de l'abus de droit 147
§5. – Conclusion intermédiaire 159
Conclusion du chapitre 162
Conclusion du titre I 164
§1er. – Réflexions sur l'approche conceptuelle de la formation du contrat *intuitu personae* 164
§2. – Bases des variations de structure de l'*intuitus personae* 167
§3. – Bases des variations de nature de l'*intuitus personae* 170
Titre II. L'exécution et la cession du contrat *intuitu personae* 177
Chapitre 1er. L'exécution personnelle du contrat *intuitu personae* 178
Introduction du chapitre 178
Section 1re. La conception classique du principe de l'exécution personnelle du contrat *intuitu personae* 180
§1er. – Approche classique du principe de l'exécution personnelle 180
§2. – Réflexions sur l'approche classique du principe de l'exécution personnelle 187
§3. – Conclusion intermédiaire 194
Section 2. L'exécution personnelle justifiée par des motifs liés au contenu de l'obligation du débiteur 196
§1er. – Fondements de l'intérêt du créancier à l'exécution personnelle du débiteur 196
§2. – Intérêt du créancier à l'exécution personnelle lors du paiement émanant d'un tiers ou d'un agent d'exécution 204
§3. – Applications particulières de l'intérêt du créancier à l'exécution personnelle 221
§4. – Conclusion intermédiaire 229
Section 3. L'exécution personnelle justifiée par des motifs étrangers au contenu de l'obligation du débiteur . 232
§1er. – Volonté du créancier d'éviter la survenance d'un préjudice 232
§2. – Accord entre le créancier et le débiteur 237
§3. – Conclusion intermédiaire 241
Conclusion du chapitre 242
Chapitre 2. La cession du contrat *intuitu personae* 244
Introduction du chapitre 244
Section 1re. L'approche classique de l'incessibilité du contrat *intuitu personae* 246
§1er. – Approche classique de l'incessibilité du contrat *intuitu personae* 246
§2. – Réflexions sur l'approche classique de l'incessibilité du contrat *intuitu personae* 252

§3. – Conclusion intermédiaire 258
Section 2. Le régime de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite et parfaite du contrat 260
§1er. – Effets de l'*intuitus personae* dans la cession imparfaite du contrat 260
§2. – Effets de l'*intuitus personae* dans la cession parfaite du contrat 267
§3. – Conclusion intermédiaire 280
Conclusion du chapitre 282
Conclusion du titre II 284
§1er. – Réflexions sur l'approche conceptuelle de l'exécution et de la cession du contrat *intuitu personae* 284
§2. – Bases des variations d'intensité de l'*intuitus personae* 286
Titre III. La dissolution du contrat *intuitu personae* 292
Chapitre 1er. La dissolution du contrat *intuitu personae* par disparition de la confiance déterminante 293
Introduction du chapitre 293
Section 1re. Incertitudes concernant la résiliation des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance 295
§1er. – Aperçu des sources de résiliation des contrats 295
§2. – Controverse relative à la résiliation des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance 299
§3. – Réflexions sur la controverse relative à la résiliation du contrat *intuitu personae* par disparition de la confiance 303
§4. – Conclusion intermédiaire 308
Section 2. Le régime de la résiliation des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance 309
§1er. – Champ d'application de la résiliation des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance 309
§2. – Fondements de la résiliation par disparition de la confiance 311
§3. – Impossibilité morale d'exécution résultant d'une mésintelligence entre les parties 324
§4. – Impossibilité morale d'exécution résultant d'un motif grave 332
§5. – Mise en œuvre de la résiliation des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance 346
§6. – Conclusion intermédiaire 352
Section 3. Le régime de la résolution des contrats *intuitu personae* par disparition de la confiance 355
§1er. – Principes relatifs à la résolution judiciaire et par déclaration du contrat 355
§2. – Régime de la résolution des contrats intuitu personae lors de la survenance d'un manquement contractuel à la base de la disparition de la confiance 359
§3. – Conclusion intermédiaire 379
Conclusion du chapitre 381
Chapitre 2. La dissolution du contrat *intuitu personae* par la transmission universelle ou à titre universel de patrimoine 383
Introduction du chapitre 383
Section 1re. La conception classique de la dissolution du contrat *intuitu personae* lors de la transmission universelle d'un patrimoine 385

§1er. – Principes relatifs à la transmission universelle ou à titre universel de patrimoine d'une personne physique et d'une personne morale 385
§2. – Approche classique de la dissolution du contrat *intuitu personae* lors de la transmission universelle de patrimoine 389
§3. – Réflexions sur l'approche classique de la dissolution du contrat *intuitu personae* lors de la transmission universelle de patrimoine 394
§4. – Conclusion intermédiaire 400
Section 2. Le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* par le décès d'une personne physique 402
§1er. – Dissolution du contrat intuitu personae en présence d'une disposition légale spécifique 402
§2. – Dissolution du contrat intuitu personae en l'absence d'une disposition légale spécifique 410
§3. – Conclusion intermédiaire 428
Section 3. Le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* par la fusion par absorption d'une personne morale 430
§1er. – Dissolution du contrat *intuitu personae* en présence d'une clause contractuelle 430
§2. – Dissolution du contrat *intuitu personae* en l'absence d'une clause contractuelle 432
§3. – Aperçu des effets de l'*intuitus personae* sur la transmission de certaines sûretés personnelles lors d'une fusion par absorption 441
§4. – Conclusion intermédiaire 445
Conclusion du chapitre 447
Chapitre 3. La dissolution du contrat *intuitu personae* par la faillite 449
Introduction du chapitre 449
Section 1re. La conception classique de la dissolution du contrat *intuitu personae* par la faillite 451
§1er. – Particularités de la faillite sur la continuation des contrats en cours 451
§2. – Approche classique des effets de la faillite sur les contrats *intuitu personae* 456
§3. – Réflexions sur l'approche classique des effets de la faillite sur les contrats *intuitu personae* 458
§4. – Conclusion intermédiaire 462
Section 2. Le régime de la dissolution du contrat *intuitu personae* par la faillite 465
§1er. – Dissolution du contrat *intuitu personae* lors de la faillite 465
§2. – Moyens d'action à disposition du curateur et du cocontractant du failli en l'absence de dissolution de plein droit 483
§3. – Conclusion intermédiaire 488
Conclusion du chapitre 491
Conclusion du titre III 493
§1er. – Réflexions sur l'approche conceptuelle de la dissolution du contrat *intuitu personae* 493
§2. – Bases de l'approche concrète de la dissolution du contrat *intuitu personae* 495
Conclusion générale 501
§1er. – Confirmation de l'approche concrète de l'*intuitus personae* 501

§2. – Confirmation des tentatives d'affinement des effets de l'*intuitus personae* 509
§3. – Réflexions finales sur la réglementation de l'*intuitus personae* 516
Bibliographie sélective 521
Table des matières 540